This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 771 604

10.2/.

L 3754

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 1, 1899.

Germany

Die

römiſche Lehre vom Eigenthum

in

ihrer modernen Anwendbarkeit.

Von

Dr. jur. E. Pagenſtecher,

Dozenten an der Univerſität zu Heidelberg.

ADVOCAT
Dr LEHMANN
DRESDEN

Zweite Abtheilung:

Erwerb und Verluſt des Eigenthums.

Heidelberg.
Verlag von Bangel und Schmitt.
1858.

Ac. Mar. 1, 1899.

Inhalt.

Einleitung. S. 1. §. 1: Eigenthumserwerb: Begriff; Form und Voraussetzungen; s. g. Titulus und Modus: s. g. Erwerbsart und (§. 2. S. 2:) Erwerbsgrund. §. 3: Momente zur Klassifikation der Erwerbsformen: Besitzerwerb, Rechtsgeschäft (S. 3), (§. 4. S. 4:) Ein- und Zwei-Seitigkeit, (§. 5. S. 5:) Ursprünglichkeit, (§. 6. S. 7:) höhere Autorität. §. 7: Legalklassifikationen. Untersuchung über die bürgerlichen und die natürlichen Formen. (Donatio?) §§. 8—11. (S. 24): Fortsetzung. Aufzählung bei Ulp. tit. 19, (§. 12 S. 28:) bei Cic. de off. 1, 7, (§. 13 S. 29:) bei Varro r. r. 2, 10, (§. 14 S. 30:) bei Cic. top. 5, (§. 15 S. 31) bei Cic. de inv. 1, 45. Bedeutung des Beuterechts für die Entstehung von Privateigenthum. §. 16 (S. 54): Legalerwerb. §. 17 (S. 57): Deutschrechtliches Klassifikationsmoment: Immobilien, Mobilien.

Erster Titel: Sachbemächtigung (occupatio): S. 57. §. 1: Bedeutung von occupare. §. 2: Deutschrechtliche theilweise Entkräftung des O.-R.'s durch Regalität und grundherrliche Vorrechte: S. 59. §. 3: Ort der O.: S. 62. §. 4: Gegenstand: S. 64. §§. 4—6: Thiere. §. 7: Kriegsbemächtigung: S. 70. §. 8: O. derelinquirter Sachen. Römische Kompensation fetter und dürrer Grundstücke: S. 77.

Zweiter Titel: Schatzfindung: S. 81. §. 1: Begriff. §. 2 (S. 82): Eigenthumswille des Finders. §. 3 (S. 83): Schatzrecht. §. 4 (S. 88): Schatz in beweglicher Sache, (§. 5 S. 90:) in loco religioso gefunden. Obligation des Finders. Regalität.

Dritter Titel: Erzeugung: S. 93. §. 1: Begriff. §. 2: Fructus pendentes. Partus ancillae: S. 95. §. 3: Fruchtlösung bewirkt die Existenz einer rechtlich neuen Sache. §. 4 (S. 96): Fruchtperzeptionsberechtigte. §. 5 (S. 97): Perzeption durch Unberechtigte. §. 6 (S. 98): Das Perzeptionsrecht ist veräußerlich. §. 7: Oefteres Zusammenfallen der Perzeption mit der Separation. §. 8 (S. 99): Traditionsnatur der Perzeption. §. 9 (S 101): Fruchteigenthümer durch Lösnug. §. 10 (S. 103): „Interimistisches" Fruchteigenthum des gutgläubigen Besitzers. §. 11 (S. 107): Begründung dieses Erwerbs. §. 12 (S. 110): Pfandgläubiger? §. 13 (S. 111): Parallele des Erwerbs durch Dienste des gutgläubig besessenen Sklaven. §. 14 (S. 112): Der beschenkte Ehegatte. §. 15 (S. 113): Zeitpunkt des guten Glaubens. §. 16:

Spezifikation; Schulstreit. §. 17 (S. 117): Neuere Streitfragen. §. 18 (S. 122): Thätigkeit ohne Spezifikation: Wiederaufbau zerstörter Häuser dritter Eigenthümer; (§. 19, S. 124:) agri deserti; (§. 20, S. 127:) arbores caedendae. §. 21: Geisteswerk als nova species.

Vierter Titel: Sachzuwachs: §. 1 (S. 128): Res rei acquiritur. §. 2: Publicum flumen. §. 3 (S. 130): Anspülung, Anwälzung u. s. w. §. 4 (S. 134): Unterschied der rechtlichen Behandlung zwischen Flußinsel u. s. w. und Anspülung u. s. w. Schluß der Lehre von den Flußeinwirkungen. §. 5 (S. 138): Bewegliches tritt zu Beweglichem. §. 6 (S. 139): Rechtsmittel. §. 7 (S. 144): Bewegliches tritt zu Unbeweglichem. §. 8 (S. 149): Ausscheidung des geschäftlichen von dem sachlich-organischen Zuwachs. §. 9 (S. 153): Gemälde. §. 10 (S. 154): Quantitäten. §. 11 (S. 155): Commixtio, coadunatio.

Fünfter Titel: Eigenthumsübergabe: §. 1 (S. 156): Manzipation. §. 2 (S. 183): In Jure Zession. §. 3 (S. 187): Adquisitio per censum. §. 4 (S. 188): Addiktion. §. 5 (S. 190): Adjudikation. §. 6 (S. 193): Tradition.

Sechster Titel: Eigenthumserſitzung: Vorbemerkung: S. 229. §. 1 (S. 230): Gai. 2, 41. Einleitendes über bona fides. §. 2 (S. 233): Usus auctoritas ... §. 3 (S. 237): Usu capio. §. 4 (S. 238): Longi und longissimi temporis praescriptio. §. 5 (S. 255): Grund der Ersitzung. §. 6 (S. 259): Ersitzung seitens des Eigenthümers? §. 7 (S. 262): Sachliche Ersitzbarkeit. §. 8 (S. 267): Ex re vitia. §. 9 (S. 268): Res furtivae. §. 10 (S. 271): Lex Atinia. §. 11 (S. 275): Lex Plautia und leges Juliae de vi. §. 12 (S. 276): Früchte und Akzessionen der furtivae res. §. 13 (S. 277): Lex Julia repetundarum. §. 14: Forum bustumve sepulcri. §. 15 (S. 278): Gränzstreifen. §. 16: Mancipi res mulieris in tutela agnatorum. §. 17: Unveräußerlichkeit. §. 18 (S. 288): Ex persona vitia: Verhältniß zwischen Titel und gutem Glauben. §. 19 (S. 304): Titel im Allgemeinen. Endurtheil? §. 20 (S. 308): Uebergabe aus dem Titel. §. 21 (S. 309): Titel im Einzelnen. §. 22 (S. 323): Bona fides. §. 23 (S. 335): Zeit. §. 24 (S. 340): Restitutio in integrum. §. 25: Usurpatio. §. 26 (S. 347): Accessio possessionis und successio in usucapionem. §. 27 (S. 354): Außerordentliche Ersitzung.

Siebenter Titel: Eigenthumsbeendigung: §. 1 (S. 356): Sachuntergang. §. 2 (S. 358): Geldvermischung. §. 3 (S. 363): Scheinbarer Untergang. §. 4 (S. 364): Fundrecht. §. 5 (S. 365): S. g. Strandrecht. §. 6 (S. 368): Wiederauflösung des geschehenen Eigenthumserwerbs. §. 7 (S. 389) Dereliktion.

Einleitung.

§. 1. Eigenthumserwerb bedeutet die Thatsache des Entstehens von Eigenthum einer bestimmten Person über eine bestimmte Sache. Eine solche Thatsache ist rechtlich nach Voraussetzungen, Form und Wirkung. Die Wirkung ist stets die eine, nämlich Eigenthum. Gegenstand unsrer Darstellung sind demnach die Voraussetzungen und die Form; Mittelpunkt bleibt die Form: schwächer oder stärker, vermag sie der Voraussetzungen weniger oder mehr zu entbehren; beispielsweise vergleiche man die Okkupation mit der Spezifikation. Der Formen also gibt es mehrere; man nennt sie, um der gleichen und gemeinsamen Wirkung willen, Eigenthumserwerbsarten. Aber dieser Ausdruck unterscheidet lediglich, ohne im Einzelnen positiv zu bezeichnen; vor allen Dingen muß man sich hüten, die Art in einen allgemeinen Gegensatz zu dem Grunde des Eigenthumserwerbs zu stellen.

Die ältere Theorie zwar trennte den „titulus“ und den „modus adquirendi“, und hierdurch ist eine verwirrende Systematik in die neueren Gesetzbücher übergegangen. Am Schärfsten tritt die Distinktion im österreichischen Gesetzbuche hervor: §. 380: Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden. §. 381: Bei freistehenden Sachen (res nullius) besteht der Titel in der angebornen Freiheit, sie in Besitz zu nehmen; die Erwerbungsart ist die Zueignung (corpore et animo) §. 424: Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Vertrage, in einer Verfügung auf den Todesfall, in dem richterlichen Ausspruche, in der Anordnung des Gesetzes. §. 1461: Jeder Besitz, der sich auf einen solchen Titel gründet, welcher zur Uebernahme des Eige thums, wenn solches dem Uebergeber

gebührt hätte, hinlänglich gewesen wäre, ist zur Ersitzung hinreichend. — Speziell in der Ersitzungslehre kennt das römische Recht den Titel allerdings; aber auch hier hat die verkehrte Verallgemeinerung ihre schädlichen Folgen. Nach dem Wortlaute des §. 1461, der wol nur römisches Recht abstrahiren will, könnte der beschenkte Ehegatte die einem Dritten zugehörige Sache nimmermehr ersitzen; dieß grade vermag er nach röm. Recht unzweifelhaft.

Ganz unrömisch ist „modus adquirendi"; „adquirendi modus" wäre wenigstens besser Lateinisch. Hugo, Lehrbuch 3 S. 199 der 11. Auflage. Erb im ziv. Mag. 4 S. 141 ff. Hugo ebendas. Nr. 6. Nach Thibaut's (Versuche 1, 11; v. J. 1798) mächtigem Vorgange verwirft die neueste Wissenschaft die Fundamentalunterscheidung zwischen titulus und modus adq. Vangerow §. 305 Anmerkung.

§. 2. Was kann man unter Erwerbsgrund verstehen?

1) Entweder die Ratio, aus welcher im objektiven Rechte die Form erwuchs; — aber sie relevirt nicht mehr, seitdem ihr Geschöpf auf eignen Füßen steht; was mehr ist: sie ist von jener älteren Auffassung unter dem titulus nicht gemeint.

2) Oder die Summe der Voraussetzungen; — dann ist der Ausdruck verfehlt. Denn ein „Grund" ist immerhin subjektiv, unsre Voraussetzungen dagegen sind objektiv wie unsre Formen. Es ist nicht streng richtig gesagt: Titius wurde Eigenthümer der (Grund:) von ihm gekauften und bezahlten Sache (d. h. weil er sie gekauft . . . . . hatte) dadurch, daß ihm dieselbe vom verkaufenden Eigenthümer übergeben worden ist (Art). — Denn weder ist der Verkauf Ursache einer dandi obligatio, noch die Tradition eine Eigenthumserwerbsart. Wohl aber können wir von Voraussetzungen reden, unter deren Zusammentreffen die Tradition den Erwerb bewirkt. — Vor Allem läßt der Umstand, daß der Veräußrer Eigenthum haben muß, sich weder zum Grunde noch zur Art zählen, Voraussetzung ist er aber ohne Zweifel.

§. 3. Besitzerwerb also ist nicht Art, wohl Form für Eigenthumserwerb. Aber auch ohne Besitznahme kann Eigenthum entstehen. Es ist natürlich, daß man oft hiernach die Eigenthumserwerbungen klassifizirt hat. Wir wollen gegen ein solches Ver-

fahren gar nicht einwenden, daß die Stellung zweifelhaft bleibt, welche man dann der Ersitzung einräumen müßte, insofern hier nämlich der Besitz zwar eine Hauptrolle spielt, demungeachtet aber nicht der Besitzerwerb es ist, welcher als Form die Voraussetzungen abschlösse.[1]) Systematisch ist jener Eintheilungsversuch dadurch gerichtet, daß Besitzerwerb (mit Einschluß der Ersitzung) die regelmäßige Form zu Eigenthumserwerb ausmacht, und daß die Fälle der entgegengestellten Klasse zersprengter Natur sind, eines gemeinsamen positiven Charakterzuges gänzlich ermangeln. Diese Mängel vermeidet scheinbar die verwandte Klassifikation in

1) Eigenthumserwerb mittelst Rechtsgeschäfts: freiwilliger Erwerb. Untereintheilung: mit oder ohne Voraussetzung einer jenseitigen freiwilligen Veräußerung. —

2) Eigenthumserwerb lediglich gemäß objektivrechtlicher Bestimmung, also in Folge des Zusammentreffens der objektivrechtlichen Erwerbsbedingungen: unfreiwilliger Erwerb.

Aber der Schein trügt. Auch die erstre Klasse stützt sich auf das objektive Recht, ihre Voraussetzungen sind nur gesteigert. Ferner treten Okkupation und Akzession in entgegengesetzte Lager ein, und doch trifft es nicht nur bildlich zu, daß auch die Hauptsache die Nebensache bewältigt durch ihre überwiegende Kraft und gemäß der Innigkeit (Einigkeit) des entstandenen Verhältnisses. Es ist wahr: die Akzession ist ein rechtsnothwendiger Erwerb; es kommt auf Herrenlosigkeit der einzuverleibenden Sache nicht das Mindeste an. Aber, da die Aehnlichkeit der Formen bleibt, so ist die Güte der Klassifikation immerhin prekär. Gradezu sonderbar stellt sich der Fruchterwerb zu dieser Eintheilung. Unstreitig klingt es geistreich, diesen als „Zuwachs von innen heraus" zu bezeichnen; aber juristisch möchte dieß eine contradictio in ad-

1) Benennt man die erste Klasse mit Vangerow als „Eigenthumserwerb durch Vermittlung des Besitzes": so ist dieser Einwand gehoben. — Noch macht die Akzession Schwierigkeit; denn, obwohl der Erwerb auch zu Gunsten des nichtbesitzenden Eigenthümers der Hauptsache sich verwirklicht, so ist doch die Nebensache von der Hauptsache gleichsam mitbesessen, da eine separate Besitzbarkeit der Nebensache ordentlicher Weise nicht statt hat. Aber freilich geht in einzelnen Fällen, z. B. bei insula nata, die Akzession über diese ihr natürliche Schranke hinaus.

jecto sein, und physisch paßt es nur auf die in organischer Verbindung mit der Hauptsache noch fortbestehende Frucht, also grade so lange als ein besondrer Fruchterwerb niemals statthat. Nun sie gelöst wird, kann sie selbständiges Eigen zu sein beginnen. Jene Klassifikation aber muß die Separation der Frucht unter die unfreiwilligen, die Perzeption unter die rechtsgeschäftlichen Erwerbungen stellen. Daß dies zweckmäßig sei, den Fruchterwerb so zu spalten: das wird Niemand behaupten.

Es scheint verständig, zwischen Akzession und Okkupation die Spezifikation einzuschieben, welche mit jener die Rechtsnothwendigkeit, mit dieser die persönliche That theilt. Jene Eintheilung aber muß die Spezifikation natürlich zur Okkupation, fern vom Sachzuwachs, stellen.

Die Ersitzung gehört zur zweiten Klasse. Dieß zwar wird in Abrede gezogen. Aber nicht der Ersitzungsbeginn (Besitzerwerb: Rechtsgeschäft) entscheidet, sondern die Vollendung. Damals lag meistens eine andre Erwerbsform vor, welche, hätten nicht Voraussetzungen gefehlt, schon damals durch sich selbst Eigenthum würde gewirkt haben.

Ganz verkehrt ist es, die Adjudikation eine rechtsgeschäftliche, gar eine willkührliche Erwerbung zu nennen. Von richterlicher „Willkühr" sollte man billiger Weise nie reden. Auch ist der Richter nicht der Erwerbende. Daß der Adjudikatar nicht zuzustimmen braucht, ist zweifellos.

§. 4. Die Eintheilung in ein- und zweiseitige Erwerbungen (vgl. z. B. Heise's Grundriß) scheitert an der nothwendigen Einseitigkeit jedes Erwerbs. Man kann Verträge zweiseitige Rechtsgeschäfte nennen; aber nicht der Eigenthumsvertrag verschafft das Eigenthum, sondern er verleiht diese Macht der Tradition: er ist Voraussetzung zur Wirksamkeit der Form im beabsichtigten Maaße. Zwar die Form ist allerdings ein zweiseitiger Akt — zwei Handlungen in Einem —, nicht: „eine zweiseitige Handlung" — solche sind undenkbar. Aber der Eigenthumserwerb geschieht durch den zweiten Abschnitt dieses Aktes: durch die Sachergreifung. Für sie ist die vorangehende Auflassung nur Voraussetzung zur Erzielung der rechtlichen Wirkung. Wo nämlich die Form eine komplizirte ist, da dürfen wir sie uns zerlegen, und ihre frühern

Bestandtheile Voraussetzungen zur Wirksamkeit des Schlußstücks nennen. — In einem durchaus andern Sinne ist von ein- und zweiseitigen obligatorischen Verträgen die Rede: dort wird A Schuldner, B Gläubiger, hier werden A und B einander Schuldner und Gläubiger. Wird tauschweise Zug um Zug geleistet, so ist dieß kein zweiseitiger Eigenthumserwerb, sondern es sind zwei verschiedene, wenn gleich synallagmatische Erwerbungen. Die zweiseitige Natur bleibt beschränkt auf den Vertrag; dieser aber verschafft nicht Eigenthum. — Aber, selbst die wissenschaftliche Richtigkeit der hier verworfenen Klassifikation zugegeben, so würde doch die praktische Unbequemlichkeit nicht zu beseitigen sein, daß man die Ersitzung zersplittern müßte.

§. 5. Wieder Andre ziehen die Eintheilung in ursprüngliche (originäre) und abgeleitete (derivative) Erwerbungen vor, und bilden eine Untereintheilung der originären, je nachdem nämlich Eigenthum an einer andern Sache vorausgesetzt wird oder nicht. — Es ist aber abgeleitet der Erwerb des Rechtsnachfolgers vom bisherigen Eigenthümer, ursprünglich dagegen jeder von dem bisherigen Rechte eines Andern unabhängige Erwerb. — Die Ersitzung jedoch ist nur denkbar als Rechtsnachfolge in Drittseigenthum (Herrenloses ist unersitzbar), und gleichwohl unabhängig von dem alten Eigenthumsrechte:

1) Gegen ihre ursprüngliche Natur kann man sich zwar nicht auf die immerhin seltnen Fälle berufen, in welchen der Eigenthümer wissentlich den Besitzer ersitzen läßt, indem dann doch nicht eine freiwillige Veräußerung es ist, welche den jenseitigen Erwerb begründet, da vielmehr Ersitzung durch sich selbst, auch ohne jene Voraussetzung im Willen des alten Eigenthümers, das neue Eigenthum wirkt. Neque enim alienat, qui dumtaxat omittit possessionem: l. 4, 1 al. jud. mut. c. f. 4, 7. Und wenn Pedius (§. 2 ib.), non solum ad dominii translationem hoc edictum pertinere, ait, verum ad possessionis quoque — alioquin, cum quo in rem agebatur, inquit, si possessione cessit, non tenebitur: so ist dieser Ausspruch einmal, wie l. 8 §. 2 ib. „Alienare intelligitur etiam qui alienam rem vendidit“, lediglich im Sinne dieses einzelnen Veräußerungsverbots begründet, ferner bleibt ein gewaltiger Unterschied zwischen transferre und omittere. Wäre in

jenen Ersitzungsfällen eine freiwillige Veräußerung vorhanden, so müßte die Klagenverjährung im Falle des nämlichen Zulassens des Berechtigten ein Rechtsverzicht, etwa tacitum pactum de non petendo, so müßte die Ausschlagung eines Vermächtnisses mit Rücksicht auf den eventuellen Gewinner eine Schenkung sein. —

2) Aber darum kann man doch die Ersitzung nicht unzweideutig als ursprüngliche Erwerbung bezeichnen. Solche Erwerbungen, objektiv verstanden, sind Okkupation u. dgl., dagegen die Ersitzung eine Entfremdung (alienatio in diesem Sinne: Gaius 2 §. 65) der Sache einschließt:

(Gai. ad ed. prov. l. 4 f. dot. 23, 5:) Lex Julia de dotali praedio prospexit, ne id marito liceat alienare. (Tryph. disp. l. 16 ib.:) Vetat fundum dotalem alienari. Quod pertinet etiam ad hujusmodi acquisitionem, si, quod maritus fundum illum a Titio possidente petere neglexerat, Titius eum poterat longa possessione sibi quaerere, dummodo Ts eo tempore possidere coeperat, quo fundus jam factus fuerat dotalis. (Paul. l. 1 §. 1 ib.:) Est jus fundi dotalis, ut alienari non possit. (Id. l. 3 §. 1 ib.:) Toties non potest alienari, quoties mulieri actio de dote omnimodo competitura est. (African. quaest.: l. 9 §. 3 ib.:) Si, Cornelianum aut Sempronianum fundum debenti, „id quod debet“ doti promissum est: utrum eorum dotalem esse mavult, hic dotis est. Plane, utrum vult (alienare), alienabit; alter alienari non potest. Si tamen alien(at)um rursus redimat, adhuc in ejus potestate est, an alterum, quem retinuisset, alienare velit. (Paul. l. 10 ib.:) Quodsi utrumque alienaverit, ex postfacto alter videbitur recte alienatus altero postea redempto. (Afr. l. 11 ib.:) Quodsi fundus in dotem aestimatus datus est, (ita) ut electio esset mulieris: alienari nequit. Quod si arbitrio mariti sit: contra est. (Ulp. l. 13 §. 1 ib.:) Pars praedii in dotem dati sive data alienari non poterit. (§. 2 ib.:) Quum dominium marito quaesitum est: tunc alienatio prohiberi incipit. Bachofen ausgewählte Lehren Nr. 3.

Nun überträgt die Ersitzung thatsächlich Eigenthum. C. 1 f. dot. 5, 23: Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur. Die Uebertragung ist eine unpersönliche, anders wie alienatio z. B. als ex emptionis causa rei suae in

alium translatio: Seneca de beneficiis 5 cap. 10. Am Wenigsten meinen wir hier die persönlichrelative Alienation vom Nichteigenthümer, denn die hierauf gegründete Ersitzung ist in ihrer spätern Vollendung nicht ein von diesem Auktor, der ja selbst kein Eigenthum geben konnte, abgeleiteter Eigenthumserwerb.

Versteht man dagegen „ursprünglich" subjektiv, so kommt Alles auf die Meinung des Ersitzers an. Ersatz dieser z. B. weil er die Sache irrig als eine von ihrem „Eigenthümer" verworfene (res pro derelicto habita) ergriffen hatte, so ist seine Ersitzung subjektiv ursprünglich; umgekehrt ist sein Erwerb subjektiv abgeleitet, falls er sie redlich gekauft oder z. B. als Ehemann in dotem empfangen hatte. Gai. 2, 63: (Italicum praedium) mancipatum vel in jure cessum vel (ex nuda traditione) usucaptum. Diese Spaltung dringt selbst in einzelne Titel ein: der pro suo nämlich begründet in seiner speziellen Funktion ursprünglichen Erwerb, in der generellen dagegen, alle Putativtitel umfassend, nach der Natur des entsprechenden wahren Titels bald ursprünglichen bald abgeleiteten Erwerb.

§. 6. Eine Reihe von Erwerbsfällen unter die Rubrik „Eigenthumserwerb durch höhere Autorität" zusammenzufassen, ist nicht grade unpraktisch, aber

1) die Klasse bietet einen bunten Anblick, wie die variae causarum figurae im Obligationenrecht der römischen Systematik.

2) Die Gränzlinie zu der gegenüberstehenden Klasse würde sich oft schwer ziehen lassen.

3) Jene Fälle sind Singularitäten, und, vielleicht praktischer, jedenfalls wissenschaftlicher, suis locis an die nächstverwandten regelrechten Erwerbungsfälle anzureihen.

§. 7. Universal- und Singular-Erwerb ist keine Eintheilung der Erwerbsformen, sondern der Erwerbsgegenstände; Eigenthum aber giebt es nur über einheitliche Sachkörper. Allerdings wird der Erbe auch Eigenthümer der Sachen des Erblassers; indessen erwirbt er dieses Einzeleigenthum darum überall nicht als ein besondres, weil dasselbe in dem Vermögen sich befindet, dessen Universalerwerb durch den Erbschaftsantritt erfolgt.

Gaius freilich und nach ihm die Legalinstitutionen, ausgehend von res (corporales und incorp.), nicht von Eigenthum in specie, legen den Sacherwerbungen die Eintheilung in singularum rerum und per universitatem adquisitiones unter. Der Haupttheil der ersteren allein hierhergehörigen Klasse betrifft den Normalfall, daß die selbstmündige Parthei für sich selbst veräußert und erwirbt. Daran schließen sich zwei Nebentheile an:

1) Die Partheien sind bevormundet —

2) sie sind hausunterthänig.

Ihr Platz ist nach unsren Systemen in den Lehren von Vormundschaft und Familie. Für uns erübrigt zunächst der Haupttheil, unter welchem denn auch in jenen Rechtsquellen die einzelnen Eigenthumserwerbungen entwickelt werden. Diese nun werden ebendaselbst zusammengefaßt in bürgerliche und in natürliche, eine Eintheilung, welche wir nicht adoptiren können, da sie schon im justinianeischen Recht bedeutungslos geworden ist:

1) durch das Verschwinden der öffentlichen und feierlichen Manzipation und In Jure Zession, —

2) durch die Ausgleichung zwischen bürgerlichem und natürlichem Eigenthum überhaupt, zwischen Res Manzipi und Nec Manzipi insbesondere, —

3) endlich durch die justinianeische Anwendung der Usukapio auf Provinzialgrundstücke.

Justinian freilich in §. 11 J. r. d. 2, 1 hilft sich leicht aus der Verlegenheit, ein neues System für die Klassifikation der Eigenthumerwerbsformen auffinden zu müssen: durch Beibehaltung der alten und veralteten. Es ist zwar bequem aber fehlerhaft, wenn Neuere, wie z. B. Westphal (Arten der Sachen u. s. w. 1788), weil sie nur das „justinianeische" Recht darstellen, dem Kaiser hierin nachfolgen; allerdings zu Institutionen- und rechtshistorischen Zwecken würde die Sache sich entgegengesetzt verhalten.

Der eigentliche durch jene Eintheilung gemeinte und umfaßte Gegensatz ist der des jus civile und des jus gentium, denn seine Entstehung gehört einer Zeit an, in welcher auf jus naturale noch nicht gerechnet wurde. So wie nun die Trichotomie der Quellen des röm. Rechts überhaupt auch in dessen neuerer Epoche wenig praktischen Erfolg hatte, so war vor Allem jedenfalls

jener Gegensatz innerhalb der Erwerbsformen für Einzelsachen um so mehr davon völlig unberührt geblieben, als er selbst schon abzusterben begann. Nur die, lediglich formale, Konzession machte man hier dem „Naturrecht", daß man die zweite Klasse ausdrücklich benannte als „Eigenthumserwerbsformen nach Jus Gentium oder Naturrecht". Es beginnen nun die Institutionen, wie Gaius in den Aurei und nach ihm die Digesten, umgekehrt aber wie die gaianischen Institutionen, mit dem letzteren als mit dem, im Verhältniß zum zivilen, „ältren" Recht: eine Bezeichnung welche der Identifizirung zwischen Jus Gentium und Naturrecht nicht das Wort spricht. Denn die Rechtsidee lebt in der Brust des Menschen; sie ist, auch in äußerer Bethätigung, so alt wie die Menschheit. Jus Gentium dagegen setzt gesonderte Staaten, somit den Bestand mehrerer Zivilrechte voraus; das diesen Zivilrechten Uebereinstimmende hat Wahrscheinlichkeit der Uebereinstimmung auch mit dem Naturrecht, aber nur mit einem solchen Naturrecht, welchem außer dem Nothwendigen auch das Nützliche als mit gültigem Anspruch auf rechtlichen Bestand bekleidet erscheint, welches also auch gewillkührtes Recht sich anzueignen, dessen Ursprung aus der Natur des Rechts herzuleiten vermag. Somit sagt Gaius in l. 1 pr. a. r. d. 41, 1 geschickter wie Justinian: jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur. Hiermit ist dem s. g. jus naturale die eigene positive Gültigkeit richtig aberkannt, die Dichotomie gerettet, festgestellt, daß, wenn Gaius anderswo von j. nat. redet, er jenen Begriff nur kürzer ausdrückt. So Gai. 2 §. 65: Apparet, quaedam naturali jure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur;[1] quaedam civili, nam mancipationis[2] et in jure cessionis[3] et usucapionis[4] jus proprium est civium Romanorum.

Die Nennung dieser bürgerlichen Eigenthumserwerbsformen zeigt uns zugleich, wie bedeutsam es für die römische Anordnung des Stoffes war, den Eigenthumserwerb nicht abzusondern, son-

1) Nec mancipi res.
2) Mancipi res.
3) Res in commercio juris civilis.
4) Jedwede bewegliche Sache. Italisches Grundstück.

dern ihn in den Erwerb der Res eingewickelt mitdarzustellen. Denn gerade jene Formen sind dem Eigenthumserwerb keineswegs eigenthümlich; sie passen auch auf ihn, aber nur weil das römische Eigenthum die körperliche Sache selbst ist. Es gab unkörperliche Manzipi Res, in den ländlichen Grundgerechtigkeiten; es war die Erbschaft, sowie alle Servituten, der In Jure Zession fähig; es galt eine Erbschaftsersitzung formell noch über Justinian hinaus; endlich hob die Lex Skribonia nur die servitutbegründende Usukapion auf, nicht die Freiheitsersitzung: auch die Freiheit eines Grundstückes von Belastungen aber ist offenbar unkörperlich. Hieraus erhellt wiederum, daß die quellenmäßige Klassifikation der Erwerbsformen in bürgerliche und natürliche für die geschichtliche Erkenntniß des römischen Rechts allein von grundsätzlicher Bedeutung ist, wogegen die andere, in sing. rerum und per univ. adquisitiones, nur als neuerer systematischer Versuch nebenher läuft.

Als bürgerliche Formen treten in den Legalinstitutionen

1) von jenen dreien nur noch die eine: die Usukapion, —

2) daneben aber eine scheinbare neue, die Donation, auf. Inst. 2 tit. 7 de donationibus. Daß, wer schenkungshalber von einem Andern dessen Eigenthum empfängt, selbst Eigenthümer werde, ist so wenig zu läugnen, als daraus die Natur der Schenkung als einer „Eigenthumserwerbsart" fließt, ganz abgesehen davon, daß die donationis causa eine justa für alle denkbaren Rechtsgeschäfte, nicht nur für Eigenthumsübertragung, werden kann. Dieß letztere hat Savigny zur allgemeinen Ueberzeugung gebracht; die Aelteren stellen die Donation im System in irgend eine spezielle Lehre, am Häufigsten in das Obligationenrecht, Andere, z. B. Hofacker 2 lib. 4 cap. 2 tit. 4, nach dem kaiserlichen Vorbilde unter die Eigenthumserwerbungen. — Lassen wir in obigem Beispiele „schenkungshalber" weg und substituiren „in Willenseinigkeit über den Eigenthumsübergang", so trifft noch immer die gleiche Wirkung von Rechtswegen zu. Also ist die Schenkung weder Voraussetzung noch Form für Eigenthumserwerb. Nur kann in ihr ein Eigenthumsvertrag enthalten sein, welcher von dem eigenthümlichen Wesen der Schenkung selbst gar kein Erforderniß annimmt. Die Schenkung bewirkt nie, daß Eigenthum übergeht; wohl kann sie, da wo ihre positiven Einschränkungen

ADVOCAT Dr LEHMANN DRESDEN

Platz greifen, solchen Uebergang hindern. — Wie aber kommen die Institutionen dazu, jene Verkehrtheit der Anordnung zu begehen?[1]) Böcking §. 106 Note 27 meint: weil Justinian's c. 35 §. 5 don. 8, 54 dem formlosen Schenkversprechen die Kraft einer bürgerlichen Verpflichtung beilegt, nämlich die Kraft eines vollwirkenden Konsensualvertrages. Ad exemplum venditionis: §. 2 J. ib. 2, 7. Damit wäre nun die bürgerliche Natur in der That beglaubigt, wenn nur die Schenkung überhaupt s. g. Eigenthumserwerbsart sein könnte. Letzteres ist sie durch c. 35 cit. so wenig geworden, als vor diesem Gesetze die schenkweise Stipulation „Eigenthumserwerbsart" zu sein vermochte. Hierüber hat sich aber auch Justinian nicht selbst getäuscht. Denn es heißt in §. 2 cit.: Nostra constitutio (donationes) etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiam si non tradantur, habeant perfectum et plenissimum robur et traditionis necessitas incumbat donatori. — Das bedeutet: der Schenkversprecher ist zur Uebergabe (Leistung) verpflichtet. Nicht: der das Versprechen Annehmende ist Eigenthümer. Eine condictio ex lege ist keine rei vindicatio. Es kann also Justinian seine Auffassung über Donation als Eigenthumerwerbsart nicht füglich zufolge seiner Neuerung angenommen haben. Uns scheint es, er habe hier den engeren klassischen Begriff von Donation untergelegt, dann, im Laufe des Titels, vom Schenkversprechen gelegentlich mitgehandelt. Jener engere Begriff — donare gleich dono dare — tritt gleich in der Stelle hervor, mit welcher Justinian den entsprechenden Digestentitel eröffnet: L. 1 pr. ib. 39, 5: Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut . . . velit accipientis fieri . . .: hierauf laufen alle daselbst von Julian aufgezählten „Donationen" aus. War dagegen schenkweise Promission abgeschlossen, so ging — abgesehen von der exceptio legis Cinciae — die Kausa in der bürgerlichen Form der Stipulation unter. Sie war indifferent geworden. Die spätere Vollziehung der Leistung tilgte eine Schuld, war Solution, nicht eigentlich Donation, als welche man nur die Promission selbst bezeichnen konnte mit derselben

1) Vgl. Schilling Lehrb. f. Inst. u. Gesch. 3 (1846) S. 783 und besonders die Turiner Glosse daselbst.

kleinen Ungenauigkeit wie die unversprochene schenkweise Hingabe. Also die Erfüllung der Schenkung, durch Versprechen oder unmittelbare Uebertragung, hieß „Donatio" im weitern Sinne; im letztren Falle, da die Tradition nicht für sich allein Eigenthum verschafft — wie die Stipulation allerdings für sich ausreicht ein Forderungsrecht zu erzeugen —: „Donatio" im engern Sinne, eigentliche Donatio. Hält man an der mit Unrecht neuerdings angezweifelten Lehre fest, daß das formlose Versprechen schon vor Justinian eine natürliche Verbindlichkeit erzeugte, also eine Schuldzahlung und Retention des Gezahlten zuließ: so leuchtet wiederum ein, daß Donation als „Eigenthumserwerbsart" nur die schenkweise Hingabe ohne alles voraufgehende Versprechen bedeuten soll. Nur für die Einklagbarkeit mittelst Schuldklage aus pactum de donando differirt dann nach justinianeischem Recht die Kausa, im Uebrigen aber steht der Kaiser auf klassischem Boden. Daß Gaius nicht auch die Donation ebendaselbst aufzählt, erklärt sich daraus, daß er dieses Recht in den Institutionen unberührt ließ, weil es in Folge der Lex Cinzia für Anfänger zu schwierig geworden war.

Somit müssen wir auch anders wie Böcking die Frage lösen, warum diese s. g. Eigenthumserwerbsart vom Kaiser als bürgerlich bezeichnet wird, da doch die Tradition natürlich ist. Beherzigt man, daß, sicher seit der Lex Cinzia, das römische Schenkungsrecht im Ganzen eine eigenthümliche und rechtsnationale Einrichtung war, daß die Geschichte dieser Einrichtung bis auf Justinian nur durch Zivilrecht sich entwickelte, daß noch im just. Rechte Schranken — besonders die Insinuationspflicht, die Widerruflichkeit, das Verbot unter Ehegatten — bestehen, welche zum Theil auch den Eigenthumsübergang hindern: so kann es nicht mehr auffallen, daß von Donatio nur als von einem Erwerbe nach Zivilrecht die Rede ist; ja, es wächst die Vermuthung, daß Justinian's Institutionen auch in dieser Ausdrucksweise einer klassischen Quelle folgten.

In den Digesten tritt nur die Usukapion als bürgerliche Eigenthumserwerbung auf. Die Digesten handeln von Eigenthumserwerb im Allgemeinen, dann, nach Zwischenschiebung der Lehre über Erwerb und Verlust von Besitz, von der Usukapion

insbesondre. Diese Sonderstellung und Schlußstellung hat bedeutende innere Berechtigung, und findet sich mit Recht ebenso in den meisten neuern Lehrbüchern. — Der Kodex schickt die Lehre von den Freilassungen voraus, beseitigt sodann das nudum jus Quiritium; darauf folgen einzelne Usukapionstitel, Gemeinsames über Usukapionen, die Durchführung der Usukapion auf alle Sachen, Besitz-Erwerb und -Behauptung, praescriptio longi ... temporis, Alluvion und dergleichen.

Justinian erkannte vollkommen, daß es keinen Gegensatz bürgerlicher und natürlicher Eigenthumserwerbungen mehr gebe. Grade in demjenigen Gesetze, welches dieses Verschwinden vollendet indem es die Usukapion für Provinzial- gleichmäßig wie für italische Grundstücke gestaltet, betont er in der Schlußbetrachtung:[1] Da nun der Stoff für die Ersitzung erweitert, schon längst aber die Eintheilung der Res in Manzipi und Nek M. veraltet sei die nun auch förmlich als abgeschafft zu gelten habe, so ergebe sich als positive Wirkung: ut sit rebus[2] et locis[3] omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis. — Damit steht in innerer Verbindung die etwas ältre c. un. nudo j. Quir. toll. 7, 25: Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam[4] patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex jure Quiritium, vel tantummodo[5] in bonis reperitur, quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem nec ex jure Quir. nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat nec unquam videtur nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sive aliarum rerum ad se pertinentium. — Die Schlußworte

---

1) c. un. §. 4 u. transform. 7, 31.

2) Mobilien.

3) Immobilien.

4) D. h. nicht nur der Unterschied, sondern die Eintheilung. Deren beide Seiten sind weggefallen.

5) Gleich: ohne das ex jure Quir. Tantummodo in bonis wäre ein nudum in bonis, wenn hierfür „nudum“ gesagt werden könnte.

sanktionirten das volle Eigenthum des bisherigen bonitarischen Eigenthümers. Jeder Eigenthumserwerb ist nun bürgerlich der Wirkung nach. Was dagegen die Form anlangt, so kann sie weder bürgerlich noch natürlich genannt werden, da beide ältre Klassen Eins geworden sind ohne entschiednen Sieg der einen oder der andern. Denn, sind gleich Manzipation und In Jure Zession abgestorben, so tritt doch die Usukapion jetzt grade in erweiterten Wirkungskreis ein. Wer aber behauptet, die natürlichen Formen seien nun auch bürgerliche geworden, der verwechselt Form und Wirkung. Regel ist jetzt Eigenthumserwerb mittelst Besitzerwerbes unter den nöthigen Voraussetzungen, — da die Manzipi Res nichts Besondres mehr bedeuten.

So ist durch Justinian der normale Zustand, der Zustand nach Jus Gentium, nämlich: die Einheitlichkeit des Eigenthums, wiederhergestellt, eine Einheitlichkeit, welche ebenso ursprünglich römisch gewesen ist und hier nur durch die Anwendung der Tradition als einer Uebertragungsform auch für Manzipi Res auf längere Zeit verloren ging. Vorher kannte man die In Jure Zession für alle Sachen in commercio juris civilis, die Manzipation für die mancipi, vielleicht von jeher die Tradition für die nec mancipi res. Aber beider erstrer Rechtshandlungen war Derjenige unfähig, mit welchem kein commercium j. civ. stattfand. Eine Besitzergreifung erfolgte regelmäßig auch bei der Manzipation, stets bei der In Jure Zession: aber bei beiden war sie nur Form, nicht begleitende materielle Tradition. Also der Besitz ging nicht über, dagegen war Eigenthum veräußert und bildlich angeeignet. Daß der Besitz nicht überging, dieß sollte man freilich für die Manzipation nicht daraus beweisen wollen, daß der (Manzipations-) Testamentserbe nicht durch Antritt auch sofort Erbschaftsbesitzer wird. Denn die Unbesessenheit des Vermögens fließt aus dem Tode des Erblassers, so, daß jedweder, auch der Intestat-, Erbe der Besitzergreifung bedarf, um diesen Zustand aufzuheben. So ist das interdictum quorum bonorum, ohne Beschränkung auf Testamentserben, also ohne formalen Grund, stets adipiscendae possessionis.

Gleicher Weise verhielt es sich mit der symbolischen Tradition des deutschen Rechts: auch sie bedeutete keinen Besitz-, wohl

Eigenthums-Uebergang. [1]) Indem die Päbste von der Gemeingültigkeit der römischen materiellen Tradition ausgehen, geben sie dennoch zu, daß singulärer Weise und gemäß Partikulargewohnheit eine feierliche Form die Tradition zu ersetzen vermöge, ohne daß die Partheien auf dem Grundstücke[2]) anwesend zu sein brauchten. [3]) Bei frommen Schenkungen [4]) nahm man ein wenig Erde in die Hand und legte es entweder auf den Zipfel des Rocks des empfangenden Geistlichen den dieser hinhielt, oder, noch gewöhnlicher, auf den Altar selbst, unter erklärender Rede, vor sehenden und hörenden Zeugen. Dieß nannte man das Schütten (Scotatio). [5]) Der durch den Pabst beseitigte Anstand ging dahin, daß dieß nur den Abschluß des obligatorischen Vertrages bedeuten dürfe, da ja die gemeine Tradition unerfolgt sei. — Ohne wirkliche und ohne symbolische Tradition, erklärte man diejenige Gewohnheit für gültig, daß der Erbe unmittelbar auch in den Besitz des erblasserischen Vermögens, durch Legaltranslation, eintrete; eine Gewohnheit, welcher man besonders in Frankreich überall huldigte. Gail pract. obss. II obs. 129. Fälschlich berief man sich auf den suus heres der Römer. Dasselbe nahmen die Feudisten gewöhnlich an bei dem Sohne der in das Lehen nachfolgt. Gail l. c. obs. 152. Man begreift, daß dieß aus der successio ex pacto et providentia majorum herstammt, und, daß jene Theorie übersieht, wie der Besitz in römischem Sinne kein Recht ist.

Der römische Eigenthumserwerb mittelst Tradition streifte die dem Ausländer i. d. R. versagte quiritarische Form ab, bekleidete die Besitzergreifung, als die der Besitzauflassung nachfolgende Ergänzung, mit dem materiellen Charakter des Besitzüber-

---

1) cap. 2 X. consuet., 1, 4.

2) Auf Immobilien beschränken sich die deutschen Rechte in ihren bezüglichen Formvorschriften.

3) Innocenz III. an den Erzbischof von Lund, i. J. 1199.

4) Diese machen in den Diplomatarien aus dem Mittelalter den bei Weitem größeren Theil der Urkunden aus.

5) Skót: sinus, gremium. Skóta: Certa caerimonia fundum venditum in potestatem emptoris transferre, ita ut pulverem fundi venditi in gremium ejus conjiciat. Diese Legal-Vendition und -Tradition heißt skótning: Olai Verelii index ling. vet. scythoscandicae s. gothicae. 1691.

gangs, und verkörperte also in rohsinnlicher Weise die Eigenthumsübertragung, deren subjektiven Bestand der Eigenthums-Vertrag ausmacht. Komitien und Prätor standen dem Ausländer nicht vor, und ursprünglich auch letztrer ihm nicht bei, wenigstens nicht mittelst Legis Aktio, denn für Jenen galt nicht die lex (Romana); der Anerkennung der Tradition aber konnte man sich nicht entziehen, denn internationaler Verkehr in Frieden und Freundschaft sollte und mußte stattfinden und rechtliche Mittel und Wege haben. Uralt sind aber die internationalen Messen und Märkte Italiens, uralt und amtlich geschützt ist selbst der Verkehr mit außeritalischen Städten und Reichen. Der (leichteren) Tradition bedienten sich bald auch Römer untereinander. Dieß kann nicht befremden. Denn von vornherein Bürgerbriefe beiderseits vorzuzeigen, um die Fähigkeit zur ausschließend quiritarischen Form darzuthun: Solches hätte einen sonst geläufigen Handel in's Stocken bringen müssen; andererseits, wenn eine Parthei heimlich Ausländer war, so wirkte deren Manzipation oder In Jure Zession, da diese Formen keine wirkliche Tradition einschlossen, nicht einmal traditionsgleich. — Tradition zwischen Römern mußte doch jedenfalls die gleiche Wirkung haben, wie Tradition an oder vom Ausländer. Denn diese Erwerbsform war nirgends juris civilis; sie war j. gentium, und zu den gentes gehörte die Romana gens wie jede andere. So entstand aus der Eigenthumstradition von Manzipi Res jenes Eigenthum des Jus Gentium, welches der Römer nicht gern „Eigenthum", sondern lieber das „In Bonis" nennt, so wenig er dessen materiellen Eigenthumscharakter verkennt. So heißt es bei Gaius 2, §. 40: Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium ... Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex j. Quir. unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. Sed postea divisionem accepit **dominium**, ut alius possit esse ex j. Quir. dominus, alius in bonis habere. — Den In Bonis Habenden nennt Gaius nicht „Eigenthümer". Und doch müßte, daß er Eigenthümer ist, aus der „Dominii Divisio" folgen. Wir erkennen in dieser Versagung des Namens die letzte altrömische Reaktion gegen die intensive Eigenthumstheilung selbst, eine Reaktion übrigens ohne alles materielle Gewicht. Wir erkennen darin

aber zugleich mit Freuden das richtige Gefühl, daß jene Theilung, im Gebiete ein und desselben objektiven Rechts, wegen ihres unlogischen Wesens wissenschaftliche Anerkennung nimmermehr finden dürfe.

Daraus, daß bei den fremden Völkern eine solche Eigenthumstheilung nicht entstand, rechtfertigt sich abermals der Charakter der Tradition als der Eigenthumserwerbsform nach Jus Gentium. Daraus allein, daß (das neuere) Rom vorzugsweise die Waaren des Auslandes empfing, nicht ebenso die seinigen dorthin absetzte, wird man jenen Rechtspunkt nicht erklären können. Denn ein Austausch der gegenseitigen Landeserzeugnisse mußte immerhin stattfinden, sollte nicht Rom ökonomisch zu Grunde gehen.

Ob die ältesten Römer an Nek Manzipi Res ein (quiritarisches) Eigenthum angenommen haben, erscheint zweifelhaft. Und kaum eine Antwort läßt sich auf die Frage geben, welches Rechtsverhältniß verneinenden Falls, und ob irgend ein schwächeres aber doch eigenthumsähnliches Verhältniß darüber obgewaltet habe. Nur soviel ist unbestreitbar, daß diese Sachen einer Possession fähig waren. Auf Wiedererlangung ihres verlorenen Besitzes standen also jedenfalls die besondren persönlichen Klagen zu, wo solche zutrafen und damals schon existirten; eine der ältesten ist die condictio furtiva und daran sich Anreihendes wie z. B. die actio arborum furtim caesarum. Daß dagegen, will man gleich die Interdikte schon in die älteste Zeit hineinsetzen, wegen solcher den Altrömern minder wichtiger Sachen das Staatsoberhaupt zu interdiziren sich herbeigelassen habe, ist mindestens unwahrscheinlich. Die In Jure Zession stellt sich durch ihren künstlichen Charakter[1]) als eine Erfindung der Jurisprudenz heraus, also als eine Einrichtung neueren Datum's. Für die Manzipi Res kann sie nicht gemacht sein, denn die alte Manzipation war bequemer. Manzipi Res waren, wie alles Vindizirbare, der In Jure Zession lediglich fähig. Aber so früh wie Manzipi gab es auch Nek Manzipi Res. Die ältesten Grundgerechtigkeiten, die bäuerlichen, sind Manzipi. Es ist uns glaublich, daß für die spätren, für die Nek Manzipi Servituten die In Jure Zession,

1) Imaginaria rei vindicatio mit confessio in jure.

also als Imago der Servitutis Vindikatio oder Konfessoria Aktio, erfunden worden sei, denn hier allein war eine neue Form Bedürfniß, da die Tradition Sachkörper voraussetzt. Also dasjenige Zeitalter, welches verlangte, der Inhalt dieser Ansprüche solle sich von persönlichem zu dinglichem Rechte steigern lassen: dieses Zeitalter scheint uns hierfür die In Jure Zession geschaffen zu haben. Die städtischen Dienstbarkeiten scheinen älter als die persönlichen. Sie setzen wie die ländlichen auch als den Herrscher im Gesammtverhältniß eine Sache voraus. Sie sind, wie die ländlichen, für die herrschende Sache eine Vermögenserweiterung, eine künstlich hinzuverliehene Eigenschaft. Sie stehen zu den ländlichen, wie der Hausrath [1]) (dominium) zum Feldgeräth (mancipium). [2]) Freilich Manzipi waren nur die wichtigsten Dinge zur Feldwirthschaft, und wollen wir hiermit gar nicht einmal die Entstehung der Manzipi Res erklärt haben. Nur, glauben wir, hieß das alte Eigenthum über Manzipi Res selbst wie die Sache „mancipium", das Verhältniß des Besitzers von Nek Manzipi Res unter den nöthigen Voraussetzungen „dominium". Nur der Reichthum an Manzipi Res, vor Allem die Größe des Ackers, bestimmte die staatsbürgerliche Stellung des Quiriten; nur die Manzipi Res hatte er also zu quiritischem Recht, d. h. mit

---

1) Ballhorn freilich verwirft die Ableitung des „dominium" von „domus" und „domare", wegen des unerklärlichen „n". Ohne hierdurch überzeugt zu sein, setzen wir den Ableitungsversuch desselben Schriftstellers bei. Er meint, dominium führe auf ein allerdings nicht mehr vorfindliches Stammwort domen zurück. Diesem verleiht er die participiale Bedeutung = δώμενον oder datum. So ist mancipium das manu captum. Dort liegt also nur die Hingabe (trans-datio), hier dagegen der Erwerb selbst in seiner symbolischen Form, der Beherrschung der Sache seitens des Erwerbers unter. Diese Beherrschung hat ihre Natur nach ihrer rechtlichen Entstehung. Der Traditionsempfänger hatte von jeher einen Gewährsmann, er fußte auf eine, möglicherweise seitens des Eigenthümers, sicher an ihn selbst geschehene Veräußerung: aber, falls die Res eine Manzipi war, genügte dieß ihm nicht zum unmittelbaren Erwerbe des Eigenthums, obwohl ein relativer Schutz aus dem Wesen des Geschäfts und gegenüber dem Veräußernden ihm nicht zu versagen war seitdem Treu und Glauben im Prozesse Rücksicht fanden.

2) Meermann, diatriba inauguralis exhibens nonnullas de rebus mancipi conjecturas. 1741.

dinglichem Klagrecht; die Intention der Forderungsklage enthielt kein „ex jure Quiritium“. In diese Rolle trat das Dominium ein, seitdem der Zensus, statt nur auf Grundeigenthum, überhaupt auf Kapitalvermögen gestellt ward. Ausstehende Aktiven verharrten natürlich in ihrer persönlichen Natur, das Dominium aber erhielt dingliches Klagrecht ex jure Quiritium wie das Manzipium solches besaß. Nicht wurde das Dominium zum Manzipium, insbesondere wurde es nicht durch Manzipation erwerblich. Sondern in seiner Uebertragungsform blieb es Possession, d. h. die Tradition wurde nun für körperliche Nec Manzipi Res [1]) Erwerbsform quiritarischen Eigenthums. Dagegen Tradition von Manzipi Res übertrug nach wie vor nur die Possession, späterhin jenes bonitarische Eigenthum. Da indeß Eigenthumsvertrag zu Grunde lag, so war jene Possession bona fide und justo titulo erworben, und also konnte Ersitzung quiritarisches Eigenthum hinzufügen. Gai. 2, 41.

Daß Manzipium das altrömische Eigen war, bestätigt sich durch die Konservirung dieses Sprachgebrauches in der gewählten Redeform spätrer Dichter. Ei ego me mancupio dabo: Plautus, miles gloriosus act. 1 sc. 1 v. 23. Dieses mancipio dare ist die halbe Manzipation. Der alte Gegensatz zu mancipium ist usus. Dieser usus verhält sich zu mancipium, wie die spätre possessio zum spätren dominium. Dagegen die „Possession“ der ältren Zeit konnte mehr sein wie „Usus“. Trat zum Usus die Auktoritas, so vermochte durch Ersitzung ächtes Eigen zu entstehen, und auch schon vor Ersitzungsvollendung lag in jener persönlichen Gewährleistung eine mittelbare Sicherheit. Keine Garantie der Dauer hatte dagegen der usus ohne auctoritas. Lukrez singt den denkwürdigen Vers:

Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu(i).

1) Das sind nach Ballhorn (von der Manzipationsform) befreite Sachen. Er vergleicht damit die moderne lettre au porteur, ein (von der Zessionsform behufs Uebertragung) befreites Schuldbokument. — „Dominium“ in juristischer Bedeutung kommt bei Cicero noch nicht vor; nach Ballhorn wäre das Wort selbst nicht ursprünglich römisch, was wir dahingestellt sein lassen.

Hier evinzirt der Tod. Der Besitzer ohne dinglichen Rechtsschutz hat nur den augenblicklichen, durch seine unmittelbare gerichtliche Entziehbarkeit prekären Genuß. Cic. ad fam. 7, 29: Sum enim χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ Attici nostri: ergo fructus est tuus, mancipium illius. — Geradezu nennt Seneka, de beneficiis 5 cap. 19, den Sklaven eine res mancipii, d. h. Gegenstand altrömischen Eigenthums. Und, wenn Sklaven bis in die späteste Zeit mancipia [1]) heißen, so wissen wir ja bereits, daß „Sache" und „Eigenthum" römisch identisch sind.

In einem Punkte jedoch weichen manche Schriftsteller, neuerdings wieder Böcking §. 135 Note 32, von unsrer Darstellung ab. Sie glauben nämlich, die In Jure Zession sei grade für die Nek Manzipi Res die eigenste Erwerbsform gewesen. Nach unserm Dafürhalten wären diese Sachen seit ihrer Vindizirbarkeit der In Jure Zession fähig geworden, gleichzeitig [2]) aber auch die Tradition für sie zur Eigenthumserwerbsform emporgestiegen, und letztre, im Gegensatz zur Manzipation, ihre eigenthümliche Erwerbsform zu nennen. Ausdrücklich bestätigt dieß Ulpian 19 §. 7: Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. — Die In Jure Zession ist lästiger wie die Manzipation, [3]) gleichwohl sind die Manzipi Res die werthvolleren. Ueber die In Jure Zession sagen die Quellen [4]) nur, sie verhalte sich neutral gegen diese Sachenunterscheidung. Die Tradition der Manzipi Res sogar hatte jedenfalls eine so hohe Bedeutung, daß wir ihren Charakter als den einer Eigenthumserwerbsform selbst hier nicht wohl verkennen können; es fehlte nur die Ersitzung, um als bürgerliche Form die unterlassene Manzipation zu ersetzen. Darin aber grade, daß die Tradition seitens des Herrn der bürgerlichen Uebertragung seitens des Nichtherrn gleichgestellt wurde, daß bald

1) Mancupia. Plautus, truculentus act. 2 sc. 2 v. 19.

2) Spätestens in den zwölf Tafeln: §. 41 J. r. d. 2, 1: Venditae res et traditae non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit. Quod cavetur quidem lege XII tabularum. Tamen recte dicitur, et jure gentium, i. e. jure naturali, id effici. — Von der Manzipation können hier die Tafeln auch nicht in ihrer ursprünglichen Tendenz geredet haben. Denn diese Form wirkte durch sich allein Eigenthumsübergang.

3) Gai 2 §. 25.

4) Ulp. 19 §. 9.

auch die Tradition seitens des Nichtherrn ebensoviel wirkte, darin daß ein Ersitzungstitel hierin genügend sich abschloß, ist jener Charakter ausgesprochen.

Die Ansicht unsrer Gegner unterstellt einen in den Quellen nicht angedeuteten, dem beglaubigten Recht zuwiderlaufenden ältren Zustand. Wir fordern daher strengsten Beweis aus Gründen innerer Nothwendigkeit. Z. B. War eine Nek Manzipi Res in der Form des Damnationslegats vermacht, so soll nach Gaius 2 §. 204 Tradition seitens des Erben genügen. Hier müssen unsre Gegner für das „ältre" Recht die Pflicht zur In Jure Zession unterdenken; Gaius indessen weiß davon nichts zu berichten. —

Der Sachzuwachs, die s. g. Akzession, ist natürliche Erwerbsform ohne bürgerliche Beschränkung. So paßte er auf Manzipi wie auf Nek Manzipi Res, auf provinziales Land [1]) wie auf italisches; so trat eine Verschiedenheit zwischen bürgerlichem und Gentium Jus hier in der Hauptsache nicht hervor. L. 2 superf. 43, 18. Gegen die Sachenunterscheidung in Manzipi und Nek Manzipi Res ist er neutral wie die In Jure Zession. Aber in noch ausgedehnterem Maaße ist er neutral, neutral nämlich auch subjektiv und politisch, d. h. der Erwerber und die Sache bedürfen keines Kommerzium's des Zivilrechts. Das Gleiche gilt von dem Fruchterwerbe des Sachherrn. Wäre dieß nur ein Erwerb! Das Wahre ist: Wird die Frucht selbständig, so liegt hierin keine Verlustform, mag gleich ein Dritter gesäet haben. L. 25. pr. de usuris 22, 1.: Omnis fructus non jure seminis sed jure soli percipitur. — Denn die Saat wuchs dem Boden zu; so verlor sie ihren Herrn. Hierin liegt der Berührungspunkt zwischen Sachzuwachs und Fruchterwerb: jener begründet diesen, ist aber zeitlich und sachlich von ihm verschieden. Denn es gedeiht und reift die Frucht langsam, und oft nicht allein durch die Kraft des Bodens, nie jedoch ohne dieselbe.

Eine durchaus neutrale Erwerbsform ist auch die Sachbemächtigung, occupatio. Hinsichtlich der kriegsmäßigen, bellica, occupatio bestand, im Interesse der Heeresdisziplin, damit Selbstsucht der Einzelnen nicht das gemeinsame Unternehmen schei-

1) Rubr. l. 2 superf. 43, 18.

tern mache, damit der Soldat über dem Plündern nicht die Erfechtung des Sieges vergesse — und hierzu bietet die Kriegsgeschichte manch warnendes Beispiel —, sowie von dem Gesichtspunkte aus, daß der Einzelne im Heer nur dem Ganzen diene, nur dem Ganzen vom Feinde erwerben könne, im Jus Gentium die verständige positive oder überall zivile Bestimmung, daß jedwede Kriegsbeute dem Staate gehöre. Diese Gesetze waren uralt [1]). und die Vorschrift für Rom beschränkte sich nicht auf Manzipi Res. Dionys erwähnt unter der Staatsbeute auch Heerden von Weide- und Mast-Vieh, auch den feindlichen Brodproviant. Die Bemächtigung seitens der Einzelnen wirkte hier also Staats-, d. h. jedenfalls quiritarisches, Eigenthum. Aber das alte Recht kennt keine Stellvertretung? Der Quirite ist vielmehr Glied seines Volkes; neuerer Erfindung ist diejenige Abstraktion, welche zwischen der juristischen Person und deren leiblichen Vertretern den wissenschaftlichen Gegensatz vollendet. Der Erwerb durch Gewaltuntergebne ist uralt; Sklaven und Hauskinder, der Hausherrschaft unterthan, erwerben der Familie; gleichmäßig der Quirite, dessen bürgerliche Freiheiten im Heere schwanden, der öffentlichen und feldherrlichen Herrschaft unterthan, dem Staate. [2]) Wer an der Beute sich vergreift, der bestiehlt folgeweise den Staat. L. 13 cf. l. 1 peculat. 48, 13.

Nun wird aber die Sachbemächtigung, und grade auch die kriegsmäßige, unter die natürlichen Erwerbsformen gesetzt. Gai. 2 §. 69: Ea, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt. — „Nostra" heißt: Eigenthum des erbeutenden Staates. Also ist diese Erwerbsform zwar juris gentium, aber

1) Dionys. Hal. ant. Rom. 7 cap. 63.

2) Grotius 3 Cap. 6 §. 10 zitirt aus Livius: Syphax populi Romani auspiciis victus captusque est. Itaque ipse, conjux, regnum, ager, oppida, homines qui incolunt, quidquid denique Syphacis fuit, praeda populi Romani est. — So stand die Republik in günstigerem Verhältniß gegenüber Königthümern. Die Besiegung und Gefangennehmung eines römischen Konsuls konnte unter keinem Gesichtspunkt so weit reichende Prätensionen hervorrufen. Abgesehen von Königthum: Wer die Mutterstadt erobert, dem fällt die Tochterstadt in gleicher Abhängigkeit zu. Rom gewann durch Alba Longa's Einnahme die latinische Hegemonie. Nur änderte Rom geflissentlich das ganze Verhältniß.

in Rom nicht unvollkommen anerkannt. Eine Inkonsequenz im Vergleich zur Tradition darf man hier nicht rügen wollen, denn ein Vertrag, also auch irgend welche Form desselben, ist bei der Sachbemächtigung undenkbar, bei welcher ja „herrenlose" Sachen vorausgesetzt werden. Eben darum fällt auch der Mangel des Commerzium's mit dem Feinde, von welchem man erbeutete, nicht in's Gewicht. Denn dieser Feind ist rechtlos, so auch seine Habe. Also findet die bellica, wie jede andre occupatio nur an (juristischen) res nullius statt.

Da übrigens auch der jenseitige Eigenthumsverlust des im Kriege Erbeuteten in allen Zivilrechten anerkannt war, so blieb drüben kein nudum ex jure Quiritium übrig. —

Entstand aus Dereliktion bonitarischen Eigenthums Konsolidation, oder vielmehr Herrenlosigkeit des In Bonis? Das Erstre wäre folgerichtig, wenn man das doppelte Eigenthum dem nämlichen objektiven Rechte zuschreiben dürfte. So viel Streit über die Wirkung der Dereliktion in den Quellen ist, so wenig ergreift dieser Streit den feststehenden Satz, daß die Drittbemächtigung der verzichteten Sache Eigenthum wirke. Dieses muß bonitarisches gewesen sein, falls nur solches derelinquirt war. — Für den Faktus Missilium eignen sich die einzelnen Manzipi Res nicht. So war hier jener praktische Streit undenkbar. — —

Wir behaupten also als Regel, daß die Sachbemächtigung auch herrenloser Manzipi Res bürgerliches Eigenthum erzeugte. Die klassischen Juristen nennen das In Bonis nicht „Eigenthum", aber die Sachbemächtigung wirkt, nach ihrer Rechtssprache, „Eigenthum". Beispiele von Nek Manzipi Res geben Celsus in der collatio ll. Romm. et Mosaic. 12 tit. 7 §. 10 und Gaius l. 5 §. 2 a. r. d. 41, 1; von Manzipi Res: Neratius l. 14 pr. ib.: Bauen auf herrenlosem Boden. Indeß bleiben Interpolationen denkbar. Nur verschiebt Böcking §. 135 Note 36 die Beweislast ungerechter Weise, wenn er sagt: „Wir haben keinen Grund, anzunehmen, daß nach ältestem (?) Zivilrecht ein gefangenes Wild, abgesehen von Usukapion (!), hätte vindizirt werden können." Dazu ist das Beispiel ein praktisch monströser Fall für Usukapion.

Wir dürften vielleicht [1]) einen Nachweis verlangen, warum bei

1) L. 3 §. 21 a. p. 41, 2.

der ſ. g. Spezifikation[1]) oder Sacherarbeitung nicht Eigenthumsduplizität wie bei der Tradition eruirte? Freilich, jedenfalls für die quellenmäßige Zeit, müßte die Frage dort wie hier auf Manzipi Res ſich beſchränken, und dieſe, ſo man ſie einzeln durchgeht, ſind ſämmtlich nicht ſpezifizirbar. —

Natürliche Erwerbsformen[2]) ſind ſolche, deren der Ausländer nicht unfähig iſt. Die bürgerlichen ſind nicht auch natürlich, wohl vermögen die natürlichen auch bürgerlich zu gelten, ſo wenig ſie „bürgerliche" genannt werden, um den Gegenſatz nicht zu verwiſchen. Die klaſſiſche Rechtswiſſenſchaft denkt ſich ja das natürliche Recht als das ältre. Klagbare Verpflichtungen aus Jus Gentium heißen nicht ſelten „natürliche". Der römiſche Juriſt betont, daß die überwiegend meiſten verpflichtenden Vermögensverträge dieſem Rechte entſtammt ſeien, ſo daß im Weſentlichen nur Nexum, Sponſion, Expenſilation dem Ausländer unzugänglich blieben. Jene Beobachtung läßt ſich auch bei den Eigenthumserwerbsformen machen. Darum grade iſt das natürliche Rechtselement dem bürgerlichen vorangeſetzt in Paulus' l. 23 pr. r. v. 6, 1: In rem actio competit ei, qui aut jure gentium aut jure civili dominium acquisivit. — „In rem actio" iſt hier nur die Eigenthumsklage, denn auf Eigenthum ſoll ſie beruhen. Nicht aber von doppeltem Eigenthum iſt die Rede. Es heißt nicht „juris". Dieß würde ſogar kaum klaſſiſch ſein. Daß, wer die Sache „nur In Bonis" habe, auch zu vindiziren vermöge, behauptet und läugnet unſre Stelle nicht. Sondern ſie beſagt: Eine dingliche Klage ſteht dem (quiritariſchen) Eigenthümer zu. Er muß ſein Eigenthum beweiſen. Dazu genügt, daß er darthue, daſſelbe einmal erworben zu haben. Es wird aber erworben durch natürliche oder durch bürgerliche Form.

§. 8. Den 19. Titel der ſ. g. Ulpianiſchen Fragmente[3]) erklärt Ballhorn-Roſen, jur.-phil. Studien 1. Heft: über

---

1) Jedenfalls beſteht die Spezifikation in re sibi paranda — vergl. Hugo, Lehrbuch 3 S. 199 der 11. Aufl. — und iſt die Wirkung vollbürgerlichen Eigenthums prinzipiell hier alſo nicht zu bezweifeln.

2) Gai 2 §. 65.

3) Einen genauen Commentar enthält auch Schulting's jurisprud. vet. antej. Ed. nova 1737.

Dominium. 1822. Den Schulmännern, welche der Verfasser besonders berücksichtigt, bleibt die Vorrede noch immer beherzigenswerth. Sie wünscht, man möge den Schülern eine Einleitung in das Rechtsstudium der Römer, wenn auch nur zum Verständniß des juristisch klassischen Lateinisch, als einen Theil der Alterthumskunde, auf die Universität mitgeben.

Ulpian a. a. O. §. 2 nun ordnet die Eigenthumserwerbsformen also: mancipatio, traditio, in jure cessio, usucapio, adjudicatio, lex. — Ulpian stellt hier nur Singularerwerbungen dar. Allerdings redet er von der In Jure Zessio Hereditatis; aber das „Recht, anzutreten", ist nur ein Stück im Vermögen des Zedenten. Dasselbe gilt von der angetretenen Erbschaft. — Die Reihenfolge bei Ulpian entspricht vollkommen unsrer obigen Ausführung. Manzipation war die quiritarische Erwerbsform, so lange man quiritarisches Eigen nur an Manzipi Res dachte. Hernach trat daneben die Tradition für die Nek M. R., mit der gleichen Wirkung. Es folgte die In Jure Zession für die neuern Grunddienstbarkeiten. Die Usukapion paßte bis zum skribonischen Gesetz nicht nur auf jene körperlichen, sondern auch auf diese unkörperlichen Dinge. Zugleich ist sie für Manzipi Res die Ausgleichung zwischen Tradition und Manzipation, gemäß deren Wirkungen. — In der nachfolgenden Einzelbehandlung stellt Ulpian die Usukapion vor die In Jure Zession, wodurch ihr Ausgleichungscharakter mehr betont wird.

Bei alle dem ist Ulpian's Aufzählung befremdend unvollständig: Freilich Sachzuwachs schafft nicht neues Eigen. Ebensowenig der s. g. Fruchterwerb des Eigenthümers der Hauptsache: der letztre verliert nur Nichts durch die Trennung. Aber warum fehlt z. B. die Sachbemächtigung? Weil Ulpian nur bürgerliche Eigenthumserwerbsformen abhandelt? Wie Gaius in den Institutionen bei Familien- und Forderungs-Verhältnissen die natürlichen übergeht. Hugo Lehrb. 3 S. 201 der 11. Aufl. Wäre diese Parallele bei Ulpian zutreffend, so würde Dieß für die von uns in §. 7 verworfene Meinung reden. Aber es kann nicht sein, da Ulpian die Tradition aufnimmt! Die glaubhafteste Annahme ist die, daß er nur an Alienationen dachte, obwohl er, allgemeiner, von Adquisitionen redet. Jedenfalls geht er in der Einzelbehand-

lung aus vom ächten vollzognen Eigenthumsvertrage: für Manzipation, Tradition, In Jure Zession. Dagegen Usukapion, Adjudikation, Lex (besonders: Eigenthumsvermächtniß) haben zwar gleiche Wirkung, nicht gleichen Ursprung. Es ist das Verhältniß ähnlich dem der Quasikontrakte zu den ächten Kontrakten. Die Sachbemächtigung aber ist nicht einmal im objektiven Sinne Alienation.

§. 9. Wer die Manzipi Res nur in Bonis hatte, konnte kein quiritarisches Eigen daran übertragen. Dadurch waren hier die Formen der Manzipation und der In Jure Zession ausgeschlossen, bei welchen ja die auszusprechende Intention [1]) des Erwerbers auf Eigenthum ex Jure Quiritium lautete. Nicht einmal das In Bonis verschafften sie; dazu bedurfte es der Tradition. Ebensowenig konnte der bloß bonitarische Eigenthümer die Sache per Vindikationem vermachen, [2]) offenbar weil das ganze Testament eine Ausübung von Quiritenrecht ist. Ulp. 24 §. 7. Gai. 2 §. 196 f. §. 222. Seit einem Senatsschluß unter Nero besteht solches Vindikations- mit der Wirkung des Damnations-Legats. Ulp. 24 §. 11 a. Also noch immer nicht verließ man jenen alten Grundsatz. Noch immer nicht ließ man das In Bonis als solches dinglich übergehen, sondern wählte lieber den Ausweg des von Jus Quiritium nie Etwas enthaltenden und darum gegen die Sachenunterschiede gleichgültigen Forderungsrechts.

§. 10. In Bonis entstand auch durch prätorische Universalsukzession. Gai. 3 §. 80. Es scheint aber nicht, daß hieraus eine direkte Universalvindikation ohne ex Jure Quiritium zustand. Oder führt uns Gaius 4 §. 34 in der ficticia (utilis) actio nur die ältre Formulirung an? Diese wenigstens paßte auch dem Bonorum Emptor, der gewiß nicht von wahrer Hereditas zu seinen Gunsten reden konnte. Gai. 4 §. 35. Uns scheint: wie der

1) Gai 1 §. 119. 2 §. 24.

2) Quantitäten brauchte der Erblasser nicht schon im Testirungs-, wohl im Todes-Zeitpunkte in seinem quiritarischen Eigenthum zu haben, um sie per Vindikationem gültig zu vermachen. Diese Milderung erklärt sich aus der praktischen Widersinnigkeit, grade „Quantitäten", wie Geldsummen, Getraidehaufen, Getränke und dergleichen, vielleicht längere Zeit unvernutzt liegen zu lassen. Puggé im rhein. Mus. f. Jurisprudenz 2 (1828) S. 293.

bonitarische Eigenthümer wohl sagen konnte, die Sache sei die seinige: so habe nicht auch der Bonorum Possessor sprechen können, die Hereditas sei sein. Ein der Hereditas entsprechendes und als Hereditas zu bezeichnendes Bonitarisches gab es nicht. Denn das In Bonis ist wohl an den Sachen des Verstorbenen, nicht aber an der (ideellen) Hereditas selbst denkbar. Tradition verschafft zwar Eigenthum, nie jedoch Erbrecht. Der Ausländer gewann niemals römisches Erbrecht. Bona sind Substrat der Hereditas. Sind sie dem Bonorum Possessor erworben, so ist er nicht ihr bonitarischer, sondern ihr fingirter quiritarischer Eigenthümer (sit venia verbo!). Als Besitzer kann er freilich auch ersitzen. Alle selbst im bonitarischen Eigenthum nicht enthaltnen Rechte umfaßt seine utilis actio. Auch er kann im Dualismus zu einem Zivilerben stehen; aber dann ist der Gegensatz nicht der des jus civile und des jus gentium, sondern des engern zivilen und des prätorischen Rechts. Z. B. etwas dem Bonorum Possessor sine Re Entsprechendes ist innerhalb des bon. Eigenthums undenkbar. Schon hieraus erhellt, daß es verwirrend ist, beide Gegensätze als gleichbedeutend aufzufassen; ganz verkehrt aber, den einen aus dem andern herzuleiten.

Die auf prätorischer Ermächtigung beruhende Duktion des unvertheidigten Noxalsklaven begründete nach l. 2 §. 1 si ex nox. c. ag. 2, 9 ein In Bonis; und zwar aus doppeltem Grunde nur ein solches:

1) weil der Sklave Manzipi ist, —

2) weil die Duktion die Tradition (Noxä Dation) ersetzen soll. In die Stelle des überlassenden Besitzers tritt der ermächtigende Prätor. Prätorisches Dekret könnte sonst wohl auch quiritarisches Eigenthum wirken. Man vergleiche beispielsweise die (bürgerliche) Adjudikation. Ehemals war der Prätor selbst Judex. Auch später leitet der Judex, zwar seine Designation von den Partheien, seine Macht jedoch vom Prätor ab.

Dieses In Bonis ist nicht „Eigenthum" genannt von Paulus in l. 26 §. 6 n. a. 9, 4, sondern hier nur der Satz „dominii adquisitione extingui actionem" darauf erstreckt. Dennoch haben wir keinen einleuchtenden Grund, unter demselben etwas Andres zu verstehen, als das später s. g. bon. Eigenthum. Warum also

nicht das nämliche unter der Bonorum Possession, die doch auch auf Besitzergreifung kraft prät. Ermächtigung zu fußen scheint? Weil die Bonorum Possession nicht ein „bonit. Erbrecht“ ist, dessen Existenz überhaupt nicht zugegeben werden darf. Bonorum Possession ist „Güterbesitz“, ehemals „Erbschaftsbesitz“, hereditatis possessio. Seitdem man die Unkörperlichkeit der Erbschaftseinheit erkannte, war es nicht mehr eine wirkliche Besitznahme sondern lediglich die gerichtliche Geltendmachung der also ebenfalls ideell gewordnen Bonorum Possession, auf welche jenes fingirte Erbrecht gestützt werden mußte.

§. 11. Der bon. wird durch Ersitzung quiritarischer Eigenthümer. Hiergegen kann der nacktquiritarische Herr sich nicht durch gerichtlichen Angriff, gegen Jenen gerichtet, schützen, denn in diesem Vindikationsprozesse kann er Jenen nicht besiegen. Dagegen behält er es mittlerweile in seiner Macht, durch bürgerliche Veräußerung den Andern zum vollen quir. Herrn emporzuheben. So kann das Nudum ex Jure Quiritium übertragen, nicht jedoch kann es derelinquirt werden, denn der objektive Thatbestand der Dereliktion fordert Besitzwegwerfung; jenes Nudum ist besitzlos. Im klassischen Rechte nun spielte solche Wiederholung der Veräußerung vornehmlich noch für die Sklaverei eine praktisch wichtige Rolle: Der bon. Herr konnte nicht zum römischen Bürgerrecht freilassen. Dieß zu erreichen, gab es zwei Wege. Der eine war iterata manumissio nach Hinzuerwerb des Nudum. Der andre war: Abwarten dieses vollkommnen Erwerbs, um durch eine einzige Freilassung den Sklaven zum Bürger umzuschaffen.

§. 12. Cicero de officiis 1 cap. 7 §. 21 schildert die Verwirklichung ältesten Privateigenthums als Folge der Sachbemächtigung. Von Natur gab es nach dieser Anschauung kein Privateigenthum. Auch die kriegsweise Bemächtigung (bellica occupatio, victoria) schaffe, sagt Cizero, nicht unmittelbar Privateigenthum, sondern erst durch Assignation, wozu es eines Gesetzes behufs staatsseitiger Veräußerung bedürfe. Der Friedensschluß enthielt oft einen Vergleich (pactio) mit den Besiegten, wonach diese einen gewissen Bruchtheil ihrer Feldmark einbüßten, das Uebrige aber dafür gewährleistet zurückempfingen. Was Rom so gewann, das nutzten entweder als bleibend öffentliches Land die

adligen Familien mittelst Bemächtigung und Anbau gegen Grundsteuer (tributum) zu Anerkennung des Staatsvorbehaltes. Oder es wurde verkauft.[1]) Oder endlich es wurde parzellenweise verlooſt (sors),[2]) insbeſondre unter Familien welchen ein Erbacker mangelte. Aber die privatrechtliche Zerſtückelung ließ die urſprüngliche ſtaatsrechtliche Gemeinſamkeit und Einheit gewiſſer Maaßen beſtehen. Dieß bezeugt die fortdauernde einheitliche Benennung jeder Realgemeinde, als ager Arpinas, Tusculanus und dergleichen.

Es erhellt, daß es durchaus nicht in Cizero's Plane lag, hier die Eigenthumserwerbsformen erſchöpfend aufzuzählen.

§. 13. Mit ebenfalls beſchränktem Zwecke giebt Varro[3]) eine Zuſammenſtellung der verſchiedenen Ereigniſſe, durch welche

---

1) Condicio: Preis.

2) Auch die alten Germanen verloosten unter ſich das Land. Gelooſt wurde mittelſt Halmziehens. So bedeutete der Halm noch ſpäter als Traditionsſymbol das Gut. Haltaus, Gloſſar. Offenbar iſt Halm auch ſprachlich gleich calamus. Die Halme mußten für die Ziehung in einen Schoos oder Beutel zuſammengeworfen werden, ähnlich wie die Griechen in der Iliade die Looſe in einen Helm warfen und ſchüttelten bis ein Loos hinausſprang. Selbſt Jenes wurde Traditionsſymbol auch da, wo Theilung nicht bezweckt war. Glossar. suiogoth. ed. Ihre s. v. skot gleich „Schoos", davon sköta gleich „in den Schooß werfen" (ſchütten?) oder „..... legen" (weſtgoth.). „Usurpabatur vox nostra a quolibet actu abalienationis, sive sortitione (Theilung) sive donatione aut venditione fieret, ubi nempe sortes in gremium conjiciebantur, vel etiam festuca glebave, tamquam symbolum transactionis factae, in sinum (des Erwerbers) mittebantur. Ita, quando inter liberos impuberes villae hereditariae erant dividendae, sancitur ....., ut proximi cognati festucas vel bacillos caedant, quos in gremium accipiant proximi agnati, cognati vero inde desumant sortitionem perfecturi. Ex lege Scanica colligimus, in usu fuisse, ut in emptionibus venditor festucam in togam emptoris mitteret, sinum interea utrimque tenentibus testibus; quem simulac collegit venditor, res acta et peracta censebatur. Idem ..... in ceteris adquirendi modis (z. B. Schenkung, Kauf) legitimis." — Daher ſtammt scotatio als legitima traditio. Schoepflin Alsatia diplom. 2 (1775) nr. 877 ann. 1314: Tradiderunt et libere resignaverunt per porrectionem calami, ut est moris, quae more schottationis secundum consuetudinem civitatis et dioeceseos Argentorati pro traditione habetur.

3) R. R. 2 cap. 10.

der Sklavenkäufer quiritarischer Herr wurde.[1]) Gegen unsre Ansicht über Tradition kann die Stelle Nichts beweisen, da der Sklave Manzipi war.

„In emptionibus dominum legitimum sex fere res (nicht: modi) perficiunt:

1) si hereditatem justam adiit". — Testamentserrichtung war Scheinkauf, Erbe und Familienkäufer waren ursprünglich physisch und auf die Dauer rechtlich, identisch. Die Sui als Intestat- oder Noth-Erben bekommen keine justa hereditas, bedürfen keines Erbantrittes, sondern werden durch Entstehen eigener Gewaltfreiheit mittelst Todes des unmittelbaren Hausvaters lediglich frei in ihrem Eigen. Die sonstigen gesetzlichen Erben stützen sich auf die Rechtsvermuthung, der Erblasser habe grade durch sein Schweigen sie als Erben gewünscht. — Varro also beschränkt sich nicht auf direkten Einzelerwerb.

2) „si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit". — „A quo": Der Verkäufer muß, wie der Käufer, Commerzium des Civilrechts haben. Jener überdieß muß quiritarischer Eigenthümer, zudem selbstmündig sein oder unter Vormundsvollwort handeln. „Debuit": „er mußte": d. h. er war berechtigt, zu fordern. Es schuldet der Verkäufer der Manzipi Res das Manzipio Dare, wie der Verkäufer der Nek Manzipi Res das Tradere.

3) „aut si in jure cessit qui potuit cedere et id ubi oportuit." — Auch der Ort der In Jure Zession ist formell wichtig.

4) „aut si usucepit." — Hierher gehört auch der Fall, wenn bloß traditt war.

5) „aut si e praeda sub corona emit."

6) „tumve quum in bonis sectioneve cuius publice venit." — In beiden, unten zu erörternden Fällen wirkt das Ansehen des verkaufenden Staates quiritarisches Eigen.

§. 14. Cicero topica 5 §. 28 stellt als erschöpfende Formen zu Abalienation einer Manzipi Res Manzipation und In Jure Zession hin. Er denkt nur an die Veräußerung von Privateigenthum; arg. vv. „inter quos ea jure civili fieri

1) Ballhorn versteht die Sache so: Wer kaufen will, hat sich nach den Erwerbstiteln seines Verkäufers zu erkundigen. Diese sind: ...

possunt.“ Noch im klassischen Recht sind ja publicae res als nullius charakterisirt; von dieser Auffassung aus erscheint Prädä u. desgl. Sektio als konstitutiv für (Privat-) Eigenthum, nicht als dessen Abalienation. — Die Manzipation heißt „traditio alteri nexu.“ „Traditio“ ist hier buchstäblich gleich „(dominii) trans-datio.“ Da nun die Manzipi Res nach Gai. 2 §. 22 ihren Namen haben von der Manzipation, als von der ihre Veräußerung vermittelnden Form: so hat schon Boëthius den Cizero richtig dahin erklärt, daß Nexus, gleich Manzipation, die zwischen Manzipi und Nek Manzipi Res differente rechtliche Feierlichkeit sei. Demnach erhärtet die Stelle auf's Neue, daß für Nek Manzipi Res die Tradition in natürlichem Vollzuge (Besitzübertragung) Veräußerungsform sei; also nicht nur als ideales Geschäft, mit der aus der Form des Nexus fließenden realen Wirkung der Eigenthumsübergabe, wie Letztres bei der Manzipation der Fall ist.

Cizero also weist nicht die Manzipation den Manzipi, die In Jure Zession den Nek Manzipi Res zu. Die Manzipation, sagt Ulpian, ist die technische Form für Manzipi Res. Und Gaius fügt bei: „Quod autem valet mancipatio, idem valet et i. j. cessio.“ Diese Ergänzung der Lücke am Schlusse von Gaius 2 §. 22 erscheint untrüglich, da das erstre „valet“ handschriftlich ist, da §§. 23. 24. sofort die Formen der Manzipation und In Jure Zession behandeln. Die In Jure Zession setzt aber eine Vindikation ex Jure Quiritum voraus, und diese, sowie die ebenso formelle darauf folgende Konfessio in Jure verleihen der In Jure Zession einen Formwerth, welcher dieselbe zur Veräußerung aller derjenigen Sachen und Rechte qualifizirt, welche quiritarisches Eigen zulassen, so daß der ursprüngliche beschränktere Zweck der Einführung dieser Form in unsren Quellen dadurch in Vergessenheit gerathen zu sein scheint.

§. 15. Cicero de invent. 1 cap. 45 §§. 84. 85. stellt die Arten zusammen, wie man ehrlicher Weise zu einem Pferde — also zu einer Manzipi Res, kommen könne. Entweder ist es uns kaufeigen, oder erbeigen, oder geschenkt, oder uns geboren. Endlich kann es auch sein ex hostibus captus, cuius praedae sectio non venierit.

Vorhergehende Beutebewilligungen,[1]) nachherige Beuteverthei-lungen seitens des Feldherrn an die Tapfern kamen mitunter schon in den ältesten Zeiten Rom's vor. Daß in beiden Fällen — im erstren durch das Beutemachen, falls diese nicht doch vorerst ganz eingeliefert werden mußte —, quiritarisches Eigenthum auch über Manzipi Res und ohne alles weitre Formerforderniß entstand, erscheint mir zweifellos, da der Erwerb vom Staate als ein privater bestellt wird. Aber nach Böcking §. 142 Note 1 entstand das justum dominium über die Kriegsbeute erst durch die Subhastation. Jedoch war die Hasta Zeichen ächten Eigenthums nach Gaius 4 §. 16, nicht erweislich Form der Eigenthumsbestellung. Die Festuka, eine Tochter der Hasta, dient doch im Eigenthumsstreite in der erstren, gewiß nicht in der letztren Funktion. Auf die In Jure Zession fand sie nur darum Anwendung, weil dieselbe formell ein Eigenthumsstreit zu sein scheint. Die Hasta normirte ursprünglich das Wesen des ihr unterliegenden Gegenstandes als eines dem Staatsfeinde aberbeuteten: das Beutemachen war ja in erster Linie Eigenthumserwerbsform,[2]) und wirkte am zweifelloseſten Eigenthum. Denn, war nur die Sache bisher feindlich, so kam darauf Nichts an, ob sie demjenigen gehört hatte, von dem ich sie erbeutete. Grade dieß verhält sich entgegengesetzt bei derivativem Eigen, als: Kaufeigen, Erbeigen, Schenkeigen, Geburteigen.

Mag gleich die positive Einrichtung, daß die Kriegsbeute dem Staate gehöre, uralt[3]) sein: dennoch waren nicht nur konkrete Ausnahmsfälle unbedenklich, sondern ist auch wenigstens ein idealer Zustand, daß der erbeutende Quirite quiritarischer Eigenthümer werde, Voraussetzung. So können wir den ältesten Vindikations-

---

1) Plünderungslizenzen. Z. B. Liv. 7, 16.

2) Gajus sagt: Romani enim maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. — Wie viele Anstrengungen sind nicht gemacht worden, den einfachen und wahren Gedanken wegzudeuten! Blut und Schweiß, Vaterlandsliebe und persönliche Ehre hafteten an solchem Eigen. Alles Andre gab man lieber weg als diese Erinnerungszeichen. Den Gajus bekräftigen die Quellenbeispiele bei Grotius 3, 6, 7, 2.

3) Und fortdauernd im neuern Rechte. Grotius 3, 6, 8, 1: Juris interpretes, quum in canonum corpore legissent distribui praedam publico arbitrio .....

prozeß, seine Form betrachtend, kaum anders erklären, wie als Streit darüber, welche von beiden Partheien diese Sache in der That erbeutet habe. Aber selbst jene positive Einrichtung kann nicht wohl „uralt" gewesen sein. Keineswegs ist der älteste Staat der zentralisirteste. Noch nicht vermag er große Opfer der Einzelnen durchzusetzen. Es gehörte aber auch eine gewisse Kriegserfahrung der Nation selbst dazu, das Beutemachen auf Einzelrechnung zu inhibiren. Wie der langsame Verfall des römischen Staates auch in der Vermehrung der Fälle von Plünderungslizenz sich beurkundet, so scheint jenes Gesetz zu den Hebeln gehört zu haben, welche, das Steigen des Staates zu unterstützen, in der guten alten Zeit angelegt wurden. Daß aber die Beute den Erbeutenden ursprünglich gebühre: deß blieben die Römer immerdar sich wohlbewußt. So heißt es bei Livius 5, 26, nach Besiegung der Falisker durch Kamillus und Eroberung ihres Lagers: die Beute sei zu den Schatzmeistern zusammengebracht worden, geleitet von großem Zorn der Krieger, welche, nur durch die Strenge der feldherrlichen Gewalt gezäumt, die Tüchtigkeit jener Einrichtung zugleich haßten und bewunderten. Freilich bestand auch das Heer meist aus Plebejern, und diese waren nicht nur an sich die ärmere Klasse, sondern überdieß vom Mitgenuß des besten Beutestücks, des ager publicus, selbstverständlich ausgeschlossen. Man lese z. B. Liv. 2, 42: Accensa cupiditas malignitate patrum, qui militem praeda fraudavere: quidquid captum ex hostibus est, vendidit consul ac redegit in publicum. Invisum erat Fabium (consulis) nomen plebi, propter novissimum consulem (Cassium, agrariae legis auctorem). — Bei Livius 3, 31 wird der Beuteverkauf durch die Noth des Staatsschatzes entschuldigt. Dieß erregte Ungunst im Heere, und gab den Volkstribunen hinreichenden Stoff, die Konsuln bei den Tributkomitien anzuklagen. In der That konnten dieses Mal die Väter die Verurtheilung der Konsuln in ansehnliche Geldbußen nicht hintertreiben. Erhöhte Bedeutnng gewinnt dieser Vorfall als letzter Anstoß zur Schöpfung des Gesetzes der zwölf Tafeln. Offenbar erstrebte die Rechtsanschauung der gediegenen Plebejer eine wahre Gemeinsamkeit der Beute. Dem stand nicht nur der Vorbehalt des Adels am Ager publikus, sondern vielleicht noch mehr der Umstand entgegen, daß der Staats-

schatz rein patrizischer Verwaltung ohne plebejische Kontrolle unterlag, während doch der plebejische Stand nicht das Schlechteste dazu leistete.

Wir sahen, daß das Gesetz über Beuteablieferung an den Staat einen sehr hohen Grad von Kriegsdisziplin voraussetzt, um gehandhabt, ja um eingeführt werden zu können. Der Nationalsinn allein war nicht stark genug, um dasselbe als erträglich, geschweige denn als wünschenswerth erscheinen zu lassen. Nun paßte aber das Gesetz nicht auf Beute aus Privatfehden, welche von römischen Geschlechtern, späterhin von römischen Niederlassungen mit auswärtigen Fürsten und Gemeinden geführt wurden. Gleichwohl kamen solche Fälle noch in der klassischen Zeit vor. Völker ohne Freundschaft, Gastlichkeit, befreundendes Bündniß mit Rom, denen der Krieg gleichwohl nicht von Staatswegen erklärt war, standen zu Römern in gegenseitiger Rechtlosigkeit und Postliminium. Es ist freilich ihnen die Beute nicht durch bellica occupatio entrungen. L. 5 §. 2 capt. 49, 15. Von solchen Fällen redet wohl auch Celsus in l. 51 §. 1 a. r. d. 41, 1: Et, quae res hostiles apud nos sunt, non publicae, sed occupantium fiunt. — „Hostis" ist alt gleich „peregrinus", grade abgesehen von eingeräumter völkerrechtlicher Rechtsfähigkeit. Will man aber, wegen des — freilich dennoch mit §. 1 cit. zusammenhanglosen princ. ib. —, den „hostis" dort als Staatsfeind verstehen: so ist zu unterstellen, daß nicht grade ein Krieger erbeutete; [1]) das einfache „apud nos sunt" wäre dieser Auslegung günstig. Streng genommen, muß die Stelle beide Erklärungen rechtfertigen.

Mit jener positiven Ordnung des Kriegswesens hängt erst die Entstehung des „ex jure Quiritium meum esse" zusammen, denn nun entstand Privateigenthum über die Beute allerdings

---

1) Noch weiter geht Grotius 3. 6, 12, 2: Si quid milites capiunt, non in procinctu, aut in eo quod facere jubentur, sed in eo quod promiscuo jure aut solo permissu faciunt: id statim sibi adquirunt: capiunt enim non ut ministri (non actu bellico: id. ibid. 14, 1). So bei Einzelkämpfen; ferner quae extra 10,000 passuum ab exercitu in liberis et injussis excursibus capiunt: quod genus praedae Itali hodie correriam vocant et a butino distinguunt. —. Das Motiv paßt zu unsrer obigen Begründung des Erwerbs durch die Einzelnen für den Staat.

regelmäßig erst durch die staatsseitige Zerschlagung (sectio). Die Art des Erwerbs für den Staat, nämlich siegreiche Bewältigung des Feindes, blieb in frischem Andenken, indem der die Beute zerschlagende Staat die Hasta aufpflanzte. Paul. D. s. v. hastas. Diesen Rechtstitel, das Recht der Hasta, überkam der Käufer mit der Sache; sie blieb das Zeichen für wohlerworbenes Eigen. Nach Manilius, astronomia 5, 318 ex rec. Bentleii 1739, ward in den Staatsauktionen die Hasta aufgesteckt, und der Bieter erhob den Finger. Auch die Bewältigung selbst, das ist das „manu capere", erhielt sich in jeder Weiterbegebung als symbolische Thathandlung zur Vollziehung des Erwerbs.

Jene positive Ordnung gewann eine aus der Billigkeit geschöpfte Abrundung durch die Einführung des Soldatensoldes, stipendium. Denn nun war die Charakteristik des Kriegers, als einer im Dienste des Staates handelnden Person, also auch die Charakteristik des Erwerbes der Beute für den Staat, vollendet.

Der in die Staatskasse fließende Erlös[1]) der zerschlagenen Beute hieß „manubiae". Gell. 13, 24.[2]) „Manu —" erhält abermals das Andenken an die Erwerbsform; „— biae" möchte schwerlich auf „habere" zurückweisen. Dagegen adoptiren wir, was Böcking §. 142 Note 1 sagt: die manuviae sind dem Beraubten exuviae, dem umthuenden Sieger induviae. Manuĕre zwar ist unerfindlich. Auch ist man nicht Präposition wie ex und in. Aber manuāri heißt „stehlen". Manuatus: „mit Händen versehen", „in Bündel gebunden". Jene Endsylben also bezeichnen die Position, welche eine Sache annimmt. Das ganze Wort läßt sich aber auch genügend erklären von dem als Summe verstandnen Erlöse, welcher beim Verkaufe baar in die „Hand" zu zahlen ist.

Cinzius im fünften Buche vom Kriegswesen berichtet uns einen alten Soldateneid, welchen Gellius 16 Kap. 4 aufbewahrt hat. Danach darf der Soldat im Heere und innerhalb zehn Mig-

---

1) Nonius Marcellus (ed. Gerlach 1842. p. 293): Manubias a praeda hoc distare, ut sit praeda corpora ipsa rerum, quae capiuntur; manubiae pecuniae ex praeda vendita redactae.

2) Nicht: der Feldherrnantheil, falls der Feldherr dem Heere die Beute schenkte: wie Burchardi Lehrb. 2 S. 414 Note 7 den Begriff „manubia" mißversteht.

lien davon keinen Diebstahl begehen in höherem Betrage als einem Silberdenar täglich; außer an Lanzen, Eisenwerk und Holzschaft, an sonstigen Hölzern, Steckrüben, Futter, Getränkschläuchen, Lederbeuteln, Fackeln. Was er in gleichem Betrage ohne Diebstahl findet und mitnimmt, muß er entweder dem vermuthlichen Eigenthümer zurückstellen, oder binnen drei Tagen angeben [1]) und dem militärisch Vorgesetzten einliefern. [2]) — Dieß Spezialrecht ward später dem Quästor, zur Kontrolle des Feldherrn, überwiesen. Das hohe Alter des Eides erhellt schon daraus, daß derselbe vom „Quästor" hier noch Nichts weiß. So lange aber die Feldherrn selbst die Beute beitrieben, lag darin für sie eine Verführung, durch geflissentliche Pflichtversäumung sich auf Staatskosten bei der Menge einzuschmeicheln. — Uebrigens erforderte der quästorische Beuteverkauf einen konsularischen Befehl, gemäß der verfassungsmäßigen Bedeutung der obersten Exekutive. Beispiele bringt Livius 27, 19 und 34, 21. Trophäen wurden vom Verkauf ausgenommen, und, nachdem sie den etwaigen Triumf verherrlicht, in Natur im Staatsschatze aufbewahrt. Cic. in Verr. 2, 1 cap. 21 §. 57. Suchte man ja selbst künstliche Trophäen hinzuzuthun in Zeiten welche ärmer waren an wirklichen Siegen: indem man jene „ex manubiis" als Kunstwerke und kriegerische Erinnerungszeichen anfertigen ließ, d. h. mit dem Beuteerlös bezahlte; zur Hebung der Ruhmbegierde und des Nationalgeistes. Die ältere fromme Zeit gestaltete diese Zeichen am Liebsten als Weihgeschenke für Götter, [3]) und versah sie in diesem Falle etwa noch mit dem Namen des triumfirenden Feldherrn. Beispiel bei Liv. 6, 4.

Nützliche, besonders in Geld oder Kleidern bestehende, Ehrengeschenke des Feldherrn an die Tapfersten, bisweilen also an Alle, [4]) waren aus der Beute von jeher gestattet. Bei Liv. 4, 34 erloost

---

1) Profiteri. Vorbringen: proferre.

2) Deferre. Plaut. Bacchides 4 sc. 9 v. 152.

3) Beispiele vom Beutezehnten für eine Gottheit bei Grotius 3, 6, 1, 1; spolia opima, h. e. quae dux duci a se interfecto manu sua detraxisset, für den Jupiter Feretrius: Gronov in Anm. ebend. Die Konsekration vollzieht der Imperator auf Geheiß des Volkes. Grotius 11, 2. Diese „lex" war nicht nur bei Grundeigenthum nöthig.

4) Liv. 10, 30.

sich jeder Reiter einen, die tapfersten je zwei Kriegsgefangene. Unwillkührlich gedenkt man dabei des frommen Schwepper-mann. Solcher im Namen des Staates dargebrachte Dank begründete natürlich quiritarisches Eigenthum. Mißbrauch jedoch trieb der Feldherr nicht selten mit jenem Recht, welches zugleich Beruf und Pflicht für ihn war. Verwandte, Hörige, Freunde und Partheigenossen wurden gern bevorzugt. Außerhalb jenes Rechts aber lag der Grund und Boden. Uebrigens befreit Justinian diese Schenkungen von der Formvorschrift der gerichtlichen Insinuation [1]) für Beträge über fünfhundert Goldstücke Werth. Die Befreiung gilt, mag gleich die Belohnung erst nach der Dienstentlassung, mag sie gleich aus den Feindesspolien oder aber aus dem eignen Vermögen des Feldherrn [2]) erfolgen.

Lag der Vorzug der Manzipi Res etwa darin, daß sie vielleicht einzeln, die Nec Manzipi dagegen partheienweise, staatsseitig bei der Beutezerschlagung verkauft wurden? Allerdings wirft Cicero de invent. 1 cap. 45 §§. 84. 85. für eine einzelne Manzipi Res die Frage, ob sie gestohlen oder aber wohlerworben sei, auf. Und er stellt diese Sache als Beuteobjekt, möglicher Weise sogar als Beutezerschlagungsobjekt hin. Aber damit kollidirt nicht, daß sie doch letztren Falls mit andern Sachen gemeinsam dem Staate abgekauft sein mag. Noch weniger beantwortet Liv. 10, 36 unsre Frage. „Sub corona" konnte eine ganze Summe von Sklaven auf einmal verkauft werden. Natürlich war dabei jeder einzeln bekränzt. Denn freilich daran zweifeln wir nicht, daß das „sub corona" buchstäbliche Wahrheit war. Endlich wird die von Augustus [3]) beim Verkaufe gefangener Rebellen öfters aufgestellte Bedingung

— Ne in vicina regione servirent neve intra trigesimum annum liberarentur —

am Natürlichsten auf alle miteinander bezogen und steht somit einem partheienweisen Verkaufe nicht entgegen.

Auch in dem andern Sinne läßt der Vorzug der Manzipi Res sich nicht an die Beute anschließen, als man behauptet hat,

1) Gestorum ordinatio.
2) Magister militum: c. 36 §. 1 don. 8, 54.
3) Sueton. 21.

nur für Manzipi Res gelte das Postliminium. Des Postliminii sind auch Schiffe fähig.

Das Eigenthum des Ersteigerers beginnt mit dem Zuschlage: Vaticana fragmenta §. 37: [1]) ... ut, quaecumque pro reliquis prodigorum in annonario titulo ceterisve fiscalibus debitis luxu ac nequitia ... fundis atque mancipiis, vel in quibuscunque corporibus, sub auctione[2]) licitanda sunt, fisco auctore vendantur, (et) ut perpetuo penes eos sint jure dominii, quibus res hujuscemodi sub hastae sollemnis arbitrio fiscus addixerit.

Dieses Gesetz stammt von Valentinian, Valens und Gratian. Es ist gerichtet an Viventius, den Präfektus Prätorio von Gallien. Die Zeit des Erlasses ist das Jahr 369 nach Christo. Um die Unverbrüchlichkeit fiskalischer Distraktionen, selbst gegenüber minderjährigen Schuldnern, durchzuführen, ist ein Theil des Gesetzes aufgenommen in das theodosianische Kaiserrecht als c. 1 Th. de fide et jure hastae 10, 17, und gleicherweise in Justinian's Sammlung als c. 5 Just. ib. 10, 3. Die Rubrik des justinianeischen Titels lautet: de fide et jure hastae fiscalis et de addictionibus.[3])

Mitunter trat in die Stelle des Beuteverkaufes die Konzession[4]) der Beute[5]) zu Gunsten des Kriegers. Z. B. Liv. 7, 24. Mußte man der Feinde Lager anzünden und so den Beutelustigen befehlen, die nächstliegende Beute sich selbst zu entziehen: so sicherte man wol als Entschädigung andre Beute zu. Liv. 9, 23. Mußte man ferner mit besondrer Strenge einmal dem Soldaten anbefehlen, des Plünderns sich zu enthalten,[6]) so machte man jene vorherige Konzession um so williger. Die Konzession erstreckte sich selbstverständlich nur auf bewegliche Beute, und selbst hiervon traf man Ausnahmen — z. B. für Gold und Silber[7]) —, regel-

1) Gesetz.
2) Unter steigenden Preisangeboten.
3) Oder „auctionibus." Herrschend ist die Lesart „adjectionibus."
4) Liv. 10, 45. 24, 40. 27, 1. 30, 7.
5) Praeda militi datur: Liv. 23, 15.
6) Liv. 7, 37.
7) Liv. 9, 37.

mäßig aber für kriegsgefangne Menschen: dieß, um einen dem Siege leicht verderblichen Troß von dienstbarem und zu bewachendem Gefolge der Einzelnen zu vermeiden.' Z. B. Liv. 6, 13.[1]) Ja, häufig entließ der staatskluge Feldherr einen Theil der Kriegsgefangnen frei in ihre Heimath, etwa den einen Stamm, um ihn dadurch mit den Verbündeten zu entzweien. Divide et impera! Oder er entließ die Eingebornen, welche mit dem auswärtigen Besieger, dem Feinde Rom's, mehr gezwungen als aus völlig freier Selbstbestimmung hatten gemeinsame Sache machen müssen. Z. B. Liv. 27, 19. Das war ein treffliches Pazifikationsmittel. Auf ähnlichen Gründen beruhte die Schonung der Senatoren und ihrer Geschlechter, während die Menge[2]) verkauft ward. Z. B. Liv. 4, 29. Ist es doch einleuchtend und genugsam bekannt, daß der regierende römische Patriziat mit den Munizipalpatriziaten sich gut hielt, zumal da er auf diesem Wege überall eine römische Parthei sich sicherte. Bisweilen verkaufte man die Gefolgschaften — z. B. bei Liv. 23, 38 —, bewahrte dann die Gefolgherrn als Staatsgefangne, theils als Geiseln künftigen Friedens, theils zu Ausspürung der feindlichen Plane und Verbindungen, theils aber auch um ihnen den Prozeß zu machen. So ließ Cäsar, Verletzung des Völkerrechts strafend, sämmtliche venetianische Senatoren hinrichten. B. gall. 3, 16. In Fällen letztrer Art schützte die Uebergabe — statt der Vertheidigung bis zu Erstürmung der Stadt — nicht vor der schweren Rache Rom's, welches überdieß dann gern die Schleifung der Stadt beliebte. Z. B. Liv. 2, 17. — Verkäufliche Kriegsgefangne konnten von ihren Familien- und Stammesverwandten wieder ersteigert werden. Wenigstens finde ich dafür — z. B. bei Liv. 10, 31 — den Ausdruck „redimere", d. i.: durch Lösegeld zurückerwerben. Solches Lösegeld wird indeß für Rebellen nie genommen worden sein, deren schlimmste man vielmehr

1) Daß man die ganze Einwohnerschaft eines eroberten Ortes, oder ein Heer, welches sich auf Gnade und Ungnade ergab, verkaufte, war schon eine Seltenheit und bedurfte moralischer wie politischer Rechtfertigung. Liv. 7, 27. Die Gnade des Siegers ließ sogar in der Regel den Besiegten einen Bruchtheil ihres Grundeigenthums; ähnlich verfuhren die Deutschen in Unterwerfung vormals römischer Provinzen. Eichhorn D. R. G. 5. Ausg. 1 §. 23.

2) *Πλῆθος*, plebs.

hinrichtete,[1]) den Rest durch Detention für die Zukunft unschädlich machte. Maaßlose Grausamkeit in Behandlung der Kriegsgefangnen kennzeichnet den politischen und sittlichen Verfall des spätern Staates. Liv. 31, 27. Abgefallne Städte dekretirte der Senat zur Heeresplünderung. Liv. 45, 34.

In Fällen schwieriger Ausführung wird der Soldat gespornt durch vorherige Zusage der Beute. Die Zweckmäßigkeit einer solchen Steigerung des dem Nationalsinne und der öffentlichen Feindschaft entstammten Zornes der Krieger durch die erweckte Habgier aller Einzelnen drückt Livius 8, 36 vortrefflich aus. Stets aber, wenn die Beute dem Soldaten verblieb, erschien es vom Standpunkte der Kriegszucht als das Weiseste, dem Soldaten den Verkauf der Beute anzubefehlen, oder, falls dieselbe doch vorerst eingeliefert werden mußte, ihm nur den Gelderlös aus öffentlichem Verkaufe zuzutheilen. Liv. 35, 1 a. E. Klarer Weise, damit er körperlich und geistig Nichts als die Waffen fortwährend trage. Man hatte gelernt von den Tarquiniensern. Liv. 5, 16. Vom Plünderungszug heimkehrend und seitens der Römer überfallen, waren diese ja, wehrlos durch die Beutelast, vernichtet worden.

War es glaublich, daß in der Beute römische oder römischer Bundesgenossen Sachen mit Jus Postliminii sich befanden, so setzte man, bevor die Beute dem Soldaten überwiesen oder verkauft ward, durch öffentlichen obrigkeitlichen Aufruf den etwaigen Eigenthümern eine Frist zur Rekognition und Vorwegnahme des Ihrigen,[2]) z. B. der weggetriebenen Viehheerden. Liv. 24, 16.

Grundgedanke war: Die Beute gehört dem Staate, aber der Kriegsherr bestimmt ihr Schicksal nach unumschränkter Macht selbst abweichend. Daran hielten die Plebejer fest, wohl wissend, daß mancher, auch patrizische, Feldherr es höher achtete, die gute Stimmung des Heeres, von welcher sein Triumf abhängen konnte, sich zu erhalten, als die Strenge des Gesetzes unerbittlich durchzuführen. War ja selbst der mißgünstige Feldherr wenigstens bemüht, seine persönliche Mißgunst zu verbergen, indem er die Ent-

1) Liv. 23, 37.
2) Liv. 10, 20.

scheidung seiner Vetternschaft, dem Senate, überwies. Da war dann freilich eine dem Heere ungünstige Entscheidung mit Gewißheit vorauszusehen. Doch entging Jener dem Hasse der Plebeier um so weniger. Denn, außer seinem versteckten, jedoch leichtlich ausgespürten Uebelwollen gegen die Plebs, hatte er nicht nur einen Mangel an Kraft in Behauptung seiner ihm vom Volke ungetheilt verliehenen Kriegshoheit verrathen, sondern überdieß eine noch gehässigere, zudem rechtliche Konsequenz machende, Huldigung dem Senate dargebracht. Liv. 5, 22. Volk und Heer waren identisch. Somit schien es sicher Manchem nur eine mißbräuchliche Adelspraxis, nicht aber richtige Auslegung des alten Gesetzes zu sein, daß man die Manubien in den öffentlichen Schatz legte, statt sie unter die Quiriten zu vertheilen. Das war dem staatlichen Ertrage nach eine ungeheure Steuer, der Modalität der Erhebung nach drückender wie alle Steuern. Vorabgezogen von den Manubien ward so viel als Einzelne dem Staate zum Kriege freiwillig dargebracht hatten, zu deren Entschädigung. Z. B. Liv. 6: 4.

Der Staatskäufer[1]) kauft Staatsgut vom gewährleistenden und verkaufenden Staate. Gaius gedenkt seiner nur als des Käufers eines staatsseitig eingezogenen Gesammtvermögens. Denn er beschreibt zunächst das sectorium interdictum als Analogon zu dem i. quorum bonorum. So ist der Staatskäufer zum Proskribirten an Erbes Statt. Durch Weiterbegebung mittelst Zerschlagung sucht er seinen Vortheil; daher sein Name „sector“. Die Proskriptionen römischer Bürger datiren als Folge des Bürgerkriegs seit Sulla. Cic. off. 2 cap. 8 §. 27.

In einer kleinern Zahl von Quellenstellen werden die Kriegsgefangenen „sub corona“ verkauft. So weit wir oben bereits Zeugnisse dieser Art angaben, ist in ihnen sämmtlich daselbst von Rebellen die Rede, und fügen wir als neues gleichartiges Beispiel Livius 24, 42 hinzu. Bei Curtius 9, 8 §. 15 ist das Beispiel unrömisch, das „sub corona venisse“ Redefigur für den Verkauf der Kriegsgefangnen in Sklaverei überhaupt. Dagegen könnte man aus Varro R. R. 2, 10 schließen, daß der Beutesklave nicht ohne Korona quiritarisches Eigenthum zu werden ver-

1) Sector: Gai. 4 §. 146.

mochte. Vom Rechtsgelehrten Cälius Sabinus kennen wir die unbestimmte Angabe, die Korona sei Zeichen der Verkäuflichkeit von Kriegsgefangnen gewesen. Näheres giebt Cato in seinem Buche vom Kriegswesen: ut populus sua opera potius ob rem bene gestam coronatus supplicatum eat, quam re male gesta coronatus veniat. — Dieß ist nicht bloß Wortspiel. Die Bekränzung war Dank gegen die Gottheit,[1]) Ehre des Siegers. Geschmückt tritt man vor die Götter. Personen und Sachen wurden gekränzt, so auch die Beutesklaven.

Räthselhaft ist die, ebenfalls aus Cato gezogne, zum Mindesten ihn erläuternde, Notiz des Festus s. v. sub corona vv.: Corona autem signum est, nihil praestari a populo. Quod etiam Plautus significat in Hortulo: „Praeco ibi adsit cum corona, quique liceat veneat.“ Wie nun die Korona dieß ausgedrückt haben solle, ist mir unbegreiflich. Wohl aber vermag ich einzusehen, daß der Staatskäufer weder eine Duplä Stipulation verlangen konnte, noch ihm für heimliche Mängel gehaftet wurde. Darin stimmt die Korona mit dem Pileus überein, daß sie beide eine Kaptivirung der Käufer — deren Anspruch auf Garantieen — verhüten sollen, indem sie klarlegen, was für eine Art von Sklaven man vor sich habe. Gell. N. A. 7. cap. 4. Der Pileus, jüngern Datums, scheint sogar Zeichen der Unzulässigkeit selbst des einfachen Entwährungsrückgriffs gewesen zu sein; nicht einmal der gezahlte Kaufpreis wurde erstattet. Denn der Pileus ist Freiheitssymbol. Also verkauft man den „Pileatus“ nicht als einen Sklaven.

Gellius selbst verwirft die Erklärung, nach welcher die Korona hier der Ring gewesen wäre, welchen die Soldatenwache um die truppweise zu Markte geführten Kriegsgefangnen bildete. Aber „sub“ ist kein „in“ corona. Nur ist ein innrer Zusammenhang beider Erklärungen dahin denkbar, daß jener große Ring, Zeichen der Kriegsgefangenschaft, im Kleinen auf dem Haupte des einzelnen

---

1) Zu Ehren der Gottheit bekränzte man auch das Opferthier. Herzog ad Caes. B. G. 3, 16. Gegen diesen Gelehrten verbreitet sich Osenbrüggen j. b. et pacis (1836) p. 48sqq., ohne jedoch selbst das Symbol genügend zu erklären.

Gefangnen sich wiederholte. Denn in den Ring traten die freien Käufer, ungekränzt, die Waare zu würdigen.

Scharfsinnig erklärt Böcking §. 142 Note 16 die Sache also: Bei triumfmäßigen [1]) Besiegungen sei die Korona angewendet worden; daß aber Cälius Sabinus, welcher unter Vespasian blühte, die Form als veraltet bezeichne, erkläre sich aus der Eifersucht der Kaiser gegen ihre Feldherrn. Nur müßte Böcking meines Erachtens statt „triumphus“ „supplicationes“ setzen. — Vopiskus im Aurelian Kap. 7 braucht „sub corona“ gleich gültig mit „sub hasta“ vendere, und vermag ich überhaupt auch nicht von einer einzigen der livianischen und sonstigen Stellen, in welchen jener Ausdruck sich findet, mit unbedingter Sicherheit zu behaupten, daß er daselbst mehr als eine Redefigur sei.

Nicht nur die Beute, sondern auch Vermögen, welches durch Uebereinkunft, Pfandverfall, Erblosigkeit, Vergehen, und im Gefolge von Kapitalstrafen ihm anheimgefallen war, versteigerte der Staat. Aus Vergehen z. B. die von Unbefugten auf Staatswiesen getriebenen Heerden; daß der Fiskus sofort Eigenthümer wurde, scheint wenigens der Sinn von c. 1 fund. r. dom. 11, 66. Den andern Fall, daß nämlich das Volk eine ihm verpfändete Sache verkauft, kennt Gaius 2 §. 61; das Verfahren hieß wol „praediatura“, der Käufer sicher „praediator.“ Denn Verpfändung ist Verbürgung durch Sachen; Präs für Jeden konnte der Lokuples sein, d. h. wer Prädia hat, mittelst deren er die Garantie übernimmt; die Distraktion dieser Prädia bei Verfall geschah durch Prädiatur an den Prädiator.

Schon in Carakalla's Zeitalter heißt Subhastation die gewöhnliche Pfandversteigerung in ihrem ersten Theile, d. h. das angeordnete Verkaufsverfahren auch ohne Kauflustige. C. 3 exec. rei jud. 7, 53. Lizitation dagegen heißt damals und später die nämliche Versteigerung in ihrem zweiten Theile, d. s. die Angebote

---

1) Florus (Ausg. v. Jahn 1852) 2, 33: Einen Theil der Kantabrer Augustus deduxit montibus, einen andern obsidibus adstrinxit, einen dritten endlich sub corona jure belli venum dedit. Digna res lauro, digna curru senatui visa est. Sed jam tantus erat Caesar, ut triumpho augeri contemneret.

der Kauflustigen,[1]) wo also oblatio[2]) superat oblationem. C. 3 loc. praed. civ. 11, 70. Das Ganze heißt Venditio schlechthin. Z. B. c. 3 vend. r. civ. 11, 31. Rubr. Cod. 10, 4. Die Veräußerung „per Hastam" als Uebertragung des Rechtes der Hasta selbst mußte diejenige Wirkung haben, welche im Rubrum Codizis 10, 5 in folgenden Worten ausgedrückt ist: ne fiscus rem, quam vendidit, evincat. Der Zuschlag endlich heißt Addiktion, nicht Adjudikation. In einer einzigen Stelle[3]) steht dafür „adjudicatur."

In der Kaiserzeit erfolgte die Zerschlagung der Verkaufsgesammtheiten unmittelbar durch die fiskalische Behörde selbst, außer für fiskalische Erbschaften[4]) und Verkauf aus Konfiskation. In diesen Ausnahmsfällen also geschah die Veräußerung ideell, d. h. ohne Möglichkeit einer Tradition, als welche an (unkörperlichem und unbesitzbarem) Gesammtvermögen undenkbar ist. Rubr. Cod. de hereditate vel actione vendita 4, 39. Bereits in der ersten Abtheilung dieses Buches ist gezeigt worden, wie das neuere Kaiserrecht die Sicherheit des Erwerbers vom Fiskus auch entgegen Sachenrechten Dritter durchführte. Tit. Cod. de quadriennii praescriptione 7, 37.

Unmittelbare Zerschlagung war auch die Kopftheilung der Beute, falls diese dem Verkaufe vorgezogen wurde. Paul. D. s. v. viritim. Polyb. 10, 16, ed. Bekker 2 (1844) p. 658 sq. So ward Roms Stätte ursprünglich selbst z. Th. aufgetheilt, und es wiederholte sich dasselbe Verfahren bei Gründungen von Kolonien. Das Aufgetheilte hieß danach viritanus ager. Paul. D. s. v. viritanus. Dabei war der Plebejer gleichmäßig gedacht. Ja die Patrizier scheinen öfters sich davon ausgeschlossen zu haben, am Bereitwilligsten gewiß dann wenn der Boden unfrei blieb. Ob das Letztre der Fall war bei dem Vejenterlande in Livius 5 Cap. 30, wage ich nicht zu entscheiden; Koloniegründung kam hier nicht vor. — Aber das Meiste[5]) blieb Ager publikus, also in patrizischem

---

1) Alexander in C. 2 si in e. jud. pign. capt. sit 8, 23.

2) *Παροχή*: Nov. 120 Cap. 6 §. 2.

3) C. 1 Th. f. et j. hastae 10, 17, gleich c. 5 Just. ib. 10, 3.

4) L. 54 pr. H. P. 5, 3.

5) Höchst interessant ist die Notiz bei Cäsar B. G. 4 cap. 1: Privati ac separati agri apud (Germanos) .... nihil est. — Denn unsere

Genuſſe. Tribuniziſche Vorſchläge [1]) auf Auftheilung ſcheiterten in der Regel an dem Widerſtande der Geſchlechter, welche den Kern ihres Schwergewichtes bedroht ſahen. Bei freierklärtem, bei Kolonial- wie Präfektur-Boden heißt die Auftheilung, nach dem Signum der Haſta, „Aſſignation.“ Colonia heißt auch das einzelne Kolonialgut; [2]) die Abhängigkeit in andrer Art geht mit hinüber in die ſpätre vulgäre Bedeutung von col. als Pachtgut. Das Wort des Kamillus bei Liv. 5, 30, „nefas esse in captivo solo habitare populum Romanum,“ hat nicht nur einen ſittlichen, es hat zugleich einen rechtlichen Werth; überdieß ſpricht es die ſtaatsreligiöſe Bedeutung [3]) der Nothwendigkeit einer Wiedereinſetzung der Territorialgötter aus. Dem captivum solum entgegen ſteht der freierklärte Boden; dieſe Freiheit iſt Fähigkeit, in quiritariſchem Eigenthum zu ſtehen, ihr Zeichen die Haſta. Uebrigens war der freierklärte Boden vorher captivum solum. Verkauftes Beuteland hieß nach der den Verkauf leitenden und den Ertrag dem Staate ziehenden Behörde quaestorius, im Gegenſatze zum assignatus ager.

Das älteſte quiritariſche Privatgrundeigenthum trug den Namen „heredium“, d. i. Erbgut. Dieſes, von (h)er gleich vir ſtammende, Wort hängt mit der erſten Aſſignation zuſammen, welche

---

Vorfahren ſiedelten ſich nicht auf die Dauer an beſtimmten Orten an. Id. ibid. 6 cap. 22: Neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios, sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coierint, quantum, et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio loco transire cogunt. — Eichhorn D. R. G. 5. Ausg. 1 §. 14 a findet hierin nur die Dreifelderwirthſchaft wieder mit Bezugnahme auf Tazitus Germ. cap. 26: Agri pro numero cultorum ab universis per vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur. Facilitatem partiendi camporum spatia praestant. Arva per annos mutant et superest ager. So gab es Land- oder Real-Gemeinden, nicht Städte, wohl ſtändige Bauerhöfe, alſo auch feſte Wohnſitze und ächtes Privatgrundeigenthum in Verbindung mit der Dreifelderwirthſchaft. Id. ibid. cap. 16: Vicos locant, non in nostrum morem connexis et cohaerentibus aedificiis (was auch in Rom ein Abuſus war): suam quisque domum spatio circumdat. — Zwiſchen Cäſar's und Tazitus' Zeit ſind die Deutſchen unſtreitig ſeßhafter geworden.

1) Z. B. Liv. 4, 48.

2) Colum. 11, 1.

3) Fas.

ja „viritim“ geschah. Ueberträgt man das Wort aus der dritten in die erste Person, so erhält man den Eigenthumsbegriff; aio hunc fundum meum esse; selbst das ex jure Quiritium trifft buchstäblich zu. Bei der ältesten, romulischen, Auftheilung betrug jedes Erbgut zwei latinische Morgen Landes.[1]) Späterhin faßte man die Erbgüter nach Hundertschaften[2]) zusammen. Der latinische Morgen aber hielt zwei Aktus ins Gevierte. Aktus hieß im Latinischen „acnua.“ Ein Aktus ist 120[3]) Fuß lang, hält folglich im Quadrat 14,400 Quadratfuß. Demnach betrug der Morgen deren 28,800, das Erbgut aber 57,600. Das Skripulum als Längenmaaß hielt zehn Fuß, also als Flächenmaaß hundert Quadratfuß, gleich $^1/_{144}$ des Aktus, $^1/_{288}$ des Morgens, $^1/_{576}$ des Erbgutes. Demgemäß, da „scripulum“ auch einen Geldwerth von $^1/_{288}$ des Pfundes ausdrückt, d. h. des alten Asses vor den punischen Kriegen, gleich $^1/_{24}$ der Unze: so wendeten die Ackervermesser sämmtliche Gewichtnamen, z. B. sextans u. dgl., auf das Ackermaaß an.

Das Erbgut hielt 57,600, also die Zenturie 5,760,000 Quadratfuß. Die Seite der Zenturie faßte demnach 2,400 Fuß. Ein Quadrat, vier Zenturien fassend, hieß „saltus“, groß 23,040,000 Quadratfuß; jede Seite faßte 4,800 Fuß, gleich doppelter Zenturienlänge. Varro R. R. 1 cap. 10.

Die zwei Morgen als Größe des Erbgutes scheint man noch später, bei jeder neuen Auftheilung von Gemeindeland, für die einzelne unbegüterte Familie beibehalten zu haben. Sextius und Lizinius vertheidigen bei Livius 6 Cap. 36 ihren Antrag, Niemand dürfe mehr wie 500 Morgen[4]) Grundbesitz haben, gegenüber den sich sträubenden Patriziern mit folgenden Worten: „Ihr wagt zu verlangen, daß Euch ein diese Größe übersteigender Grundbesitz verstattet sei, da doch bei Auftheilungen auf den Ple-

1) Jugera.

2) Centuriae.

3) Plin. h. n. ed. Sillig 8 (1853), 18, 3: Jugerum vocabatur, quod uno jugo boum in die exarari posset; actus, in quo boves agerentur cum aratro uno impetu justo; hic erat 120 pedum .... Agrum male colere, censorium probrum judicabatur. M.' Curius: perniciosum intelligi civem, cui septem jugera non essent satis.

4) 312 Ares; Gibbon bei Hugo S. 108.

beser nur je zwei Morgen kommen? Ein Einzelner von Euch sollte einen Besitz haben, der dem von nahezu dreihundert Bürgern entspräche; während der Plebejer von seinem Acker kaum nothdürftig leben kann, kaum daselbst noch Raum für eine Grabstätte findet?" Singulär durch die Größe der Landloose [1]) und durch die Mitbedenkung der Hauskinder ist die schon oben berührte Auftheilung von Vejenterland durch Senatsschluß. Liv. 5, 30. Ein großväterliches Erbgut von vier Morgen reichte noch aus, den ächtpatrizischen, selbst auf seine Bescheidenheit stolzen Quinktius Cinzinnatus zu ernähren. Columella 1 Praef. Derselbe Columella berichtet uns ebendaselbst Beispiele großer und altadliger Feldherrn, welche mit einem Landloose, nicht größer als das des gemeinen Krieger's, bei Auftheilung des Beutelandes sich begnügten, da sie doch Alles erobert hatten. So C. Fabrizius nach Vertreibung des Pyrrhus' aus Italien. So M.' Curius Dentatus [2]) nach Bändigung der Sabiner. Das Loos betrug auch hier sieben Morgen. Bei den Kolonisationen machte sich die Größe des Landloses von selbst, nämlich als Quotient aus dem zu vertheilenden Lande als dem Dividendus, und der Zahl der Kolonisten als dem Divisor. Genügte die letztre Zahl nicht zum Anbau alles Landes, so legte man einen Theil, etwa ein Drittel des Landes zurück für spätre Aufnahme neuer Ansiedler, ließ dieß für jetzt unvertheilt, ohne natürlich Anbau und Nutzung dieses bleibend öffentlichen Landes dem Okkupanten inzwischen zu wehren. Eine Kolonialaristokratie wurde nach römischem Vorbilde geschaffen, übrigens eine ritterschaftliche, wegen der vorwiegend militärischen Bedeutung der Kolonie. Auf den Reiter kam daher zum Mindesten das doppelte, aber auch wohl das Zehnfache des Landloses eines Fußsoldaten. Freilich, so lange der Ritterstand die Reiterei wirklich bil-

1) Sieben Morgen.

2) Frontin strategem 4, 3, 12, ed. Oudendorp L. B. 1731: Quum ex senatus consulto ampliaretur ei modus (vergl. Valerius Maximus 4, 3, 5) agri (Seneca ben. 7, 7. Aurelius Victor cap. 33), quem consummati (d. h. die ausgedienten: Sueton Cal. 44) milites accipiebant, gregalium portione contentus fuit, malum civem dicens cui non esset idem quod ceteris satis. — Seneca: Non est opus vobis eo cive, cui plus opus sit quam uni civi. — Aehnlich Valerius Maximus. Vgl. Nepos im Thrasybul Cap. 4.

bete, stellte die Reiterei an sich schon den Verein der bedeutendsten Kapitalisten Roms dar. Geldreichthum vermag auch große Güter trefflich zu bewirthschaften. Gewiß nur um den Preis großen Grundbesitzes ließ der reiche Römer sich herbei, seine hauptstädtische Freiheit und Ueppigkeit zu opfern. Kolonieen endlich aus bloßem Proletariat zu bilden, widerrieth die Staatsräson. — Der kleine italische Bauer, so lange er nicht zur Pächterrolle sich erniedrigen wollte, ging zu Grunde über der Konkurrenz mit der Pflanzerwirthschaft wie sie auf den großen Gütern eingeführt werden konnte. So mußte man die Kolonistenloose mit der Zeit größer und größer machen. Lukrez (r. nat. 3, 971, ed Panckoucke 1837, in nova scriptorum lat. bibliotheca) stellt neun Morgen als das Minimum von Grundbesitz hin. Im Falle von Livius 35, 9 beträgt das Landloos des Fußgängers bereits zwanzig Morgen. Cizero l. agr. 2, 28 §. 76 rechnet aus, daß, falls die kampanische Domäne in der von seinen Gegnern beabsichtigten Weise aufgetheilt werde, der Kolonist je fünfhundert Morgen beziehen werde. Eine Mittelpartei scheint damals die Zahl der Kolonisten so weit haben vermehren zu wollen, daß je 10 Morgen auf den Einzelnen kämen: §. 78 ib. Cizero selbst, in seiner Rolle eines talentvollen Werkzeuges der Adelspartei, wollte die ganze Auftheilung nicht: ad Att. 2, 16. Die Mittelpartei scheint in dem Ackergesetze Cäsar's gesiegt zu haben. Dagegen die Ausführung geschah so willkührlich wie möglich. Veteranen, [1]) Partheigenossen, Vermittler des Gesetzes und der Theilung: solche Leute retteten sich selbst den Löwenantheil in verschiedner Größe je nach den Maaßen von Verdienst oder auch von Servilismus und Habgier. So erhielt, um nur die eklatantesten Fälle aufzuführen, ein einziger Arzt dreitausend, ein einziger Lehrer der Beredsamkeit zweitausend Morgen u. s. w. Cic. Phil. 2, 39 §. 101. Wer solche Orden zu vergeben hatte, war wohl im Stande, eine Monarchie zu begründen.

Die einzelnen Landloose bei Rom's Gründung überwies man den Namen der Einzelnen. Dieß bezieht sich zunächst auf die

1) Appian b. civ. 2, 133 läßt den Antonius im Senate reden, man dürfe Cäsar's Veteranen, welche kolonieenweise vertheilt waren, der zugetheilten Städte und Landschaften nicht wieder berauben, welche ihnen allen versprochen und in welche sie auch schon theilweise eingezogen waren.

Eintragung im Grundbuche. Der Sohn hatte regelmäßig den vollen väterlichen Namen. Also lag der Begriff des Erbgutes vor. Proprium nomen ist das nomen gentile. Die Gentilen sind „Heredes" noch in den zwölf Tafeln. Das Landloos selbst heißt „Heredium". Man theilte dasselbe, wie die späterhin daraus entwickelte „Hereditas", in Unzen. Also ging das Erbgut nicht über auf Töchterdeszendenz. Denn weder steht diese Nachkommenschaft in dem Geschlechte des Erblassers, noch vermochte die Mutter zu Gunsten ihrer Kinder letztwillig zu verfügen, da Weiber überhaupt in der alten Zeit, wie von der Volksversammlung, so, und aus jenem Grunde, von der Fähigkeit zur Testamentserrichtung ausgeschlossen waren. Wie das Manzipationstestament aus dem ältesten Testamente in versammelter Gemeinde,[1]) so ging die Manzipation überhaupt[2]) aus Lex spezialis hervor. Die zwölf Tafeln konfirmiren die Manzipation. D. h.: Nun trat Lex generalis ein, so, daß im einzelnen Falle die privata testatoris auctoritas genügte.[3])

Daß die Veräußerlichkeit des Erbgutes beschränkt war, ist also nur für die Zeit vor dem Tafelgesetz anzunehmen, für sie aber auch wahrscheinlich, für den ältesten Staat vollends, den Staat der Geschlechter, nicht zu bezweifeln. In diesen Anfängen des Grundeigenthums, in diesem Zeitraume des privatrechtlichen Zugehörens des Individuums zu Familie und Geschlecht, muß die Manzipation einen gesetzgebenden Staatsakt bedeutet haben, welcher allein die ursprüngliche Assignation theilweise umzuändern vermochte. Wir dürfen dafür halten, daß die Anfänge der Manzipation so waren, wie sich die Bedeutung der Arrogation noch in der Zeit erhielt, in welcher die Volksgemeinde nur als Schatten ihres alten Leibes fortdauerte. Denn die privatrechtliche „Persönlichkeit" blieb unveräußerlich, erhaben über bloßer Ausübung von Privatautonomie. Nun hat aber nach Gaius 1 § 99 die Arrogation ihren Namen von drei Fragen. Zuerst wird der Erwerber um seinen Willen, dann der sich Hingebende um sein Zulassen, endlich das Volk um seinen Befehl gefragt.

1) Gai. 2 §. 101 sqq.
2) Vgl. das „sicut in ceteris mancipationibus" bei Gai 2 §. 104.
3) „Generali sermone." Nuncupatio. Gai. 2 §. 104.

Eine Realtheilung des Erbgutes unter mehrere Kinder ꝛc. scheint damals nur Besitz und Genuß abgegränzt zu haben. Die Bezeichnung der Gränzen als „comportionales termini“ möchte die Fortdauer der Eigenthumsgemeinschaft bündig mit ausdrücken sollen. Entgegen gewichtigen Stimmen der neuesten Zeit glauben wir an die Abgeschlossenheit, Unveränderlichkeit und privatrechtliche Realuntheilbarkeit des altrömischen Erbgutes. Tiberius Grakchus hat diese Unveräußerlichkeit des assignirten Ackers wiederhergestellt. Nach dem jähen Sturze des Kaius Grakchus kehrte der Staat zu der Veräußerlichkeit wieder zurück. Nun kauften im Abrundungsstreben die Reichen die Grundstücke der Armen auf. Zur Austreibung der Letztren ward selbst Gewalt unter allerlei Vorwänden gebraucht. Schon waren die Armen schlimmer daran wie je, als der Volkstribun Spurius Borius oder Thorius beantragte, es solle zwar in Zukunft keine Auftheilung von Gemeindeland mehr vorkommen, aber die jetzigen Besitzer, denen das Besessene folgeweise verbleibe, hätten hinfort den (uralten) Zins wieder zu entrichten. Der Gesammterlös sei nach Kopftheilen den Bürgern zu überweisen. Kaum daß dieß durchgesetzt war, stieß ein neuer Volkstribun den Zins wieder um. So war also im fünfzehnten Jahr nach der Gesetzgebung des Kaius Grakchus, die ökonomische Lage der Plebs anlangend, die Restauration gegen die Agitation der Grakchen wieder vollendet. Appian. B. civ. 1, 27.

Die Freiheit des Erbgutes aber lag zunächst darin, daß dasselbe weder Tributum noch Stipendium zahlte. Trat jedoch ein neuer Erbe und Eigenthümer ein, so verfiel dem Staate eine Umschreibungsgebühr von 1% unter Lebenden, von 5% Todes halber. Das war allgemein italisches Stadtrecht. Diese Abgabe zahlte der Erwerber. C. 5 Th. sine censu 11, 3.[1]) Im alten Rom war dieß nicht nur für die Frage der direkten Besteuerung wichtig, sondern überdieß für die der politischen Stellung des grundbesitzenden Quiriten.

---

1) Die Stelle zwar handelt von tributärem Gute, paßt aber nach ihrer Titelrubrik auch auf unsern Fall. Der Fiskus hält sich so lange an den Veräußrer, bis der Erwerber sein Erwerbsbekenntniß bei ihm ablegt. Privatrechtlich gilt die Veräußerung von vornherein.

Gegensatz des Erbgutes ist der occupatorius ager.[1]) Die Patrizier, so klagen Sextius und Licinius bei Livius 6 Cap. 37, halten kein Maaß im Landokkupiren. Von der erstrebten Vergemeinschaftlichung der Regierungsgewalt für beide Stände versprechen dieselben sich, ebenfalls mit Beziehung auf den occup. ager, magna ipsis[2]) fruenda, majora liberis relinquenda.

Den occupat. ager zieht der Staat beliebig ein, und auf die Ausübung dieses Rechts behufs der Auftheilung drangen zu den verschiedensten Zeiten die Ackergesetze. Es konnte aber auch der Staat sein Einziehungsrecht bedingungsweise aufgeben; dann entstand jenseits ein vererbliches und veräußerliches, wahrem Eigenthum nahekommendes Verhältniß. So in den Munizipien über den vectigalis ager. Gai. 3 §. 145. Darum frug man mit Recht, ob das begründende Geschäft nicht vielmehr Kauf als Pacht sei. Den Streit beendigte die kaiserliche Schöpfung des emphyteutischen Vertrags: vectigalis und emphyteuticarius ager sind von nun an rechtlich Eins. Vgl. das justinianeische Rubrum Dig. 6, 3.

Der Ausdruck „Provinzialbesitz" bezeichnet Gegenstand und Inhalt des über Provinzialgrundstücke stattfindenden höchstmöglichen[3]) Privatrechts. Siehe z. B. l. 5 §. 12 reb. eor. 27, 9. In beide Bestandtheile zerlegt, heißt das Verhältniß „possessio et ususfructus";[4]) aber mit diesen beiden Begriffen ist dasselbe durchaus nicht erschöpft. Man kann füglich sagen, jener Privatberechtigte sei Stellvertreter des Grundherrn gewesen, also des römischen Volks in den s. g. senatorischen, des Kaisers in den cäsarischen Provinzen. So heißt er „dominus possessionis" in l. 7 incend. 47, 9; vielleicht bezeichnender wäre „possessor dominii" gewesen. Die Zins-

1) Niebuhr, Vorträge über röm. Geschichte, ed. Isler, 1 (1846) S. 251 ff. Siculus Flaccus, de cond. agrorum (röm. Feldmesser 1 S. 138): gleich arcifinalis. Ut quisque virtute colendi quid occupavit, arcendo vicinum, (agrum) arcifin. dixit. Horum agrorum .... nulla (est) forma, quae publicae fidei possessoribus testimonium reddat: quoniam non ex mensuris actis unusquisque modum accepit, sed quod aut excoluit aut in spem colendi occupavit.

2) „Plebejis" nämlich, wie bisher „patriciis".

3) Die Fähigkeit des Bodens, in quiritarischem (Privat-) Eigenthum zu stehen, ist dem jus Italicum ausschließend eigen: Savigny, jus Ital., in den vermischten Schriften (Berlin 1850) 1 Nr. 3 S. 39. 44 ff.

4) Gai. 2 §. 7.

pflichtigkeit galt hier sowie bei Vektigalland; dafür aber stand auch beiden Arten von Grundbesitz dingliche Klage schützend zur Seite. Es war eine juristische Gewere ohne Eigenthum. Das Rechtsverhältniß war, unabhängig vom Staate, privatveräußerlich; denn politische Rechte und Pflichten konnten daraus nicht fließen. Das römische Zivilrecht endlich fand auf diesen Boden so wenig wie auf die Provinzialen selbst Anwendung. Vgl. Paul. l. 12 §. 2 Publ. 6, 2:

In[1]) vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt,[2]) Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.

Ebenso paßt auf beide Klassen von Grundstücken:

Papirius Justus libro II. de constitutionibus: l. 7 pr. publican. 39, 4: Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas[3]) conveniri,[4]) et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere,[5]) eoque exemplo actionem, si ignoraverint,[6]) habituros.[7])

Weit klarer wird freilich diese Stelle, wenn wir statt „possessores“ „possessoris“ lesen. Es wird vorausgesetzt, daß der Erhebungsbeamte seine Pflicht zu erfüllen verabsäumt hatte; er haftet natürlich dem Staate. Ebenso haftet aber auch das Gut selbst und muß den Zins zahlen, den der Besitzer auch in früheren Terminen hätte zahlen sollen. Das Gut zahlt mittelst Erleidens einer fiskalischen Veräußerung. Will der Besitzer dasselbe sich retten, so hat er ohne Aufschub alle Rückstände mit Zinsen baar darzureichen. Nicht kann er einen Aufschub gegen Sicherstellung fordern zur Beiladung des ihm regreßpflichtigen Vormannes. Ja, er muß zu jenem Ende die Rückstände von diesem Vormanne u. s. w. her decken. Es ist ihm also aus dem Prinzip des Gesetzes sogar die

1) Schon die mangelnde dominii intentio schließt die Usukapion aus.

2) Gleich: quamvis .... non possint.

3) Scilicet: praesentium possessorum tantum.

4) Pfandrecht, bei den eigentlichen vectigalia praedia sogar überdieß Einziehungsrecht.

5) Sie zogen ja auch die Frucht und disponirten über die Substanz für die Zeit der Dauer ihres Rechts.

6) Scilicet: vectigali praedium subjacere.

7) Regreßklage ex empto wegen heimlichen Mangels.

Exkussionis Exzeptio versagt, sollte gleich ein Vormann solvent sein. Papinian l. 5 §. 2 cens. 50, 15. Grundsatz ist: der Fiskus braucht sich auf eine Zersplitterung seines Klagerechts nicht einzulassen.

Ein Privatrecht an Grund und Boden, welches einzig in seiner Art sein dürfte, entstand in dem bei Livius 31, 13 berichteten Falle:

Eine große Anzahl von Bürgern hatte dem Staate Geld geliehen, damit dieser den Krieg gegen Karthago mit Nachdruck zu führen in Stand gesetzt werde. Der Staat hatte sich anheischig gemacht, in Terminen dieses freiwillige Anlehen, Kapital und Zins,[1]) zurückzubezahlen. Die dritte Rente war erfallen, die Staatskasse jedoch angesichts des makedonischen Krieges überlastet. Den Staatsgläubigern nun war Grundbesitz lieber als Geld. Darum traf der Senat die freudig begrüßte Vermittlung: ut agri publici, qui intra quinquagesimum lapidem esset, copia iis fieret. Consules agrum aestimaturos et in[2]) jugera asses vectigales, testandi causa[3]) publicum agrum esse,[4]) imposituros,[5]) ut, si quis, quum solvere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo". Davon nannte man dieses Land „Trientius Tabuliusque ager", weil es für das (letzte) Drittheil der Geldschuld gegeben war.

Wurde der Staat solvent und bot das Geld an, so entschied sich wol nach der Wahl des einzelnen Gläubigers zwischen Grundstück oder Geld, ob der Acker aufhöre öffentlich zu sein, oder nicht. Dürfen wir „Tabulius" auch auf die publicae tabulae beziehen, so waren die Privattitel schon mittlerweile eingetragen; dieß forderte offenbar auch das Vektigal.

Daß aber in diesem eigenthümlichen Verhältniß das Wesen des quaestorius ager bestanden habe, scheint unglaublich theils wegen des ausführlichen livianischen Berichts, theils wegen der ganz besondern Voraussetzungen des Falles, theils endlich wegen der offenbaren Neuheit des Auskunftsmittels.

---

1) Also Rente, pensio.
2) Scil.: singula.
3) Wie der Kanon bei der spätern Emphyteuse.
4) Gleich manere.
5) Terminweise, vermuthlich jährlich, zahlbar.

§. 16. Der s. g. Legalerwerb bei Ulpian 19 §. 17, nämlich caducum [1]) vel ereptorium ex lege Papia Poppaea, legatum ex lege XII tabularum — neutral gegen die Sacheneintheilung in Manzipi und Nek Manzipi Res —, bedeutet: Erwerb unmittelbar durch das objektive Recht, insbesondre also ohne Erwerbshandlung oder Sachzuwachs.

Nicht jede [2]) Legatsform wirkte im klassischen Recht also. Wohl das Vindikationslegat, schon nach seinem Wortlaute. Gai. 2 §. 193. Aus dem legatum sinendi modo [3]) wurde der Legatar Eigenthümer der Sache des Erblassers oder des Erben durch das von Letztrem einfach zugelassene wirkliche Nehmen. Siehe besonders Gaius 2 §. 215. Das Präzeptionslegat lief nach sabinianischer Lehre in richterlichen Zuspruch bei der Erbtheilung aus. Gai. 2 §§. 216 ... 223, besonders §. 219. Also mußte die Sache erbschaftlich sein. §. 220. Die Prokulianer legten, wenn dem Nichterben so vermacht war, auf das „prae“ kein Gewicht, sondern urgirten das „capito,“ retteten also das Legat als Vindikationslegat, unter Berufung auf einen Ausspruch Hadrian's. Gai. 2 §. 221. — Das Vindikationslegat ferner begründete quiritarischen Erwerb, das legatum sinendi modo ohne Zweifel nicht.

Der Zeitpunkt dieses Eigenthumserwerbs ist der des Erbantrittes. Gai. 2 §. 194. Die Prokulianer forderten noch annehmende Willenserklärung des Legatar's, bis zu deren Erfolg, von jenem Antritte an, die Sache herrenlos sei. Diese Meinung, vorübergehend gestützt durch den recht streng genommenen Wortlaut [4]) eines nicht prinzipell unsre Frage treffenden Ausspruchs von Antoninus Pius, stimmt nicht zu der im justinianeischen Recht gegebenen Entscheidung.

So macht also das Legat selbst den Legatar zum Eigenthümer der legirten Sache, und eximirt dieselbe aus der Erbschaft. Denn ohne das Legat würde jene Sache im Erben ihren Eigenthümer haben. Jedoch über das bedingte Legat divergirten die Schulmeinungen. Gai. 2 §. 200. Die Sabinianer nahmen ein Zwischen-

1) Gai. 2 §§. 206 .... 208.
2) Gai. 2 §. 192.
3) Gai. 2 §§. 209 .... 215.
4) Gai. 2 §. 195.

eigenthum des Erben, exemplo statuliberi, an. Die Prokulianer aber blieben wenigstens sich selbst folgerichtig, und stellten demnach auf, die Sache sei inzwischen herrenlos. Damit wollten sie unstreitig durchführen, daß die Sache ihr erbschaftliches Wesen behalte, ohne darum mit und in der Erbschaft Zwischeneigenthum des Erben zu sein. Grade dieß aber enthielt einen Selbstwiderspruch.

Trifft also zusammen, daß die Sache erbschaftliches Eigenthum, daß das Vermächtniß ein unbedingtes [1]) war, endlich: daß der Bedachte nicht ausschlägt: so wurde die Sache auch ideell nie Eigenthum des Erben, sondern gehört gerades Wegs dem Legatar. Papinian l. 80 leg. II. Jenes „Nichtausschlagen", „non nolle", ist allerdings kein „velle", aber dennoch gewisser Maaßen eine Erwerbshandlung. Dieß zeigt sich in den Wirkungen der Ausschlagung, welche den Erwerb „ex tunc" vernichtet.

Ebenfalls unmittelbar erwirbt der nothwendige Erbe die Erbschaft, weniger jedoch „lege" als „natura." Dagegen ist der freiwillige Erbe, als des Antrittes bedürftig, „Legalerwerber" in einem weitern Sinne. Ihn bezeichnet also derselbe Ulpian in l. 130 v. s. 50, 16. [2]) Ulpian spricht hier nur von letztwilligen Erben und von der „Legalität" der Delation; und allerdings bestätigen die zwölf Tafeln die testamentarischen Erbschaften. Dagegen in seinen Fragmenten a. oben a. O. redet Ulpian nur von Singularerwerb.

---

1) Legatum purum.

2) Vgl. l. 63 pr. Treb. 36, 1: Gai. lib. 2. fideic.: Facta (ex Trebelliano) in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus cui restituta est hereditas (Itaque uti potest Publiciana: l. 12 §. 1. Publ. 6, 2. Paul. 19. ad. ed.), etsi nondum earum nactus fuerit possessionem. — Dieses ist bei Justinian ein quiritarisches Eigenthum, unabhängig von der Restitutionserklärung, ja von dem Erbschaftsantritte des direkten Erben. Der Universalfideikommissar kann eventuell selbst antreten, ja das Anwachsungsrecht gewinnen. Nur, tritt der direkte Erbe an, so zeigt sich in dessen Quartabzugsrecht noch die Natur des Universalfideikommisses als eines Vermächtnisses. Der Unterschied zwischen Legat und Fideikommiß fällt also bei Justinian ganz, der zwischen direkter und fideikommissarischer Hereditas fast ganz fort.

Das falzidische Gesetz begründet keinen selbständigen Erwerb, sondern mindert zutreffenden Falls das Eigenthum des Bedachten um einen, dann erbschaftlich bleibenden, Bruchtheil. L. 26. pr. Falc. 35, 2.

Ein privilegirendes Gesetz (lex specialis) kann Jemandem das Eigenthum einer bestimmten Sache geben. Wo aber Jemand privilegirt ist, Eigenthum überhaupt in freierer Weise oder unter beschränkenden Formen erwerben oder übertragen zu können: da ist schon nicht mehr das Gesetz unmittelbarer Erwerbsvermittler.

„Ipso jure" geschehen manche familiengüterrechtliche Erwerbungen, besonders im neuern Kaiserrecht. „Ipso jure" bedeutet hier soviel wie „sine facto hominis", und es paßt darauf die Bezeichnung als „Legalerwerb" ebensowohl wie auf die strafrechtlichen Konfiskationsfälle.

Beispiele sind: „Ipso jure" wird durch den Tod des nichtwiderrufenden Schenkers dessen überlebender beschenkter Ehegatte Eigenthümer der geschenkten Sache. Ulpian l. 32 §. 1 don. i. v. et u. 24, 1. „Ipso jure" geschieht der Rückfall der Dos nach Auflösung der Ehe. „Ipso jure" verliert der Zolldefraudant sein defraudirtes Eigenthum, und wird dasselbe der Res Vectigalis, d. i. der Zollkasse, also dem Fiskus, erworben. Unbedingt wollte man sich an die Waare halten können, selbst gegenüber dem nichtdefraudirenden [1]) derzeitigen Besitzer. L. 14 publican. 39, 4. Ebenso verfällt dem Fiskus das Schiff, in welches die Waare eingeschmuggelt ist; so jedoch, daß dessen abwesendem Eigenthümer das Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorbehalten bleibt. L. 11 §. 2 ib.

„Ipso jure" verliert man Eigenthum wegen widerrechtlicher Selbsthülfe; dasselbe erwirbt ebenso der Vergewaltigte. „Ipso jure" konsolidirt sich unter einer eigenthümlichen Eventualität das Eigenthum des socius liberalitatis imperialis.

Ueberall wo Erwerb ipso jure geschieht, bietet sich für die Lehre von den Erwerbsformen kein Beitrag dar. Was aber die Voraussetzungen jener formlosen Erwerbungsfälle betrifft,

---

1) Dem Unmündigen jedoch wird die Strafe erlassen, falls er in Monatsfrist den Zoll nachzahlt. L. 7 §. 1 publican. 39, 4.

so sind dieselben einander durchaus ungleich. Wir nun wollen prüfen, wie, nicht: wo nur immer, Eigenthum entstehe. Demnach kann von einer vollständigen Aufzählung und detaillirten Einzelbetrachtung jener Fälle in diesem Buche nicht die Rede sein.

§. 17. Nach deutschem Recht muß, wie nach altrömischem, die Klassifikation der Erwerbsformen gemäß einer obersten Eintheilung der Sachen geschehen. Nur ist die hierfür maaßgebende Sacheneintheilung selbst eine von der römischen verschiedne, nämlich die in „Immobilien und Mobilien"; wiewohl auch unter den Manzipi Res die Immobilien wenigstens oben an stehen, ja der Klasse ihre Bedeutung zu verleihen scheinen. Die Investitur des deutschen Rechts verschafft Grundeigen. Die verschiednen Mobiliarvertheidigungsgründe giebt die Lex Bajuvariorum Tit. 15 Kap. 11 an (vergl. Sachsenſp. 2, 36), und können daraus die Erwerbsformen konstruirt werden. Eichhorn D. R. G. 5. Ausg. 1 §. 59 b.

Erster Titel.

Von der Sachbemächtigung (occupatio).

§. 1. Occupare scheint gebildet aus ob und capere, wie usurpare aus usus und rapere. „Ob" bezeichnet den Gegensatz zwischen dem Herrschenden — d. i. die Person des Eigenthümers — und dem Beherrschten — d. i. die Sache als Eigenthum — in dem durch das Nehmen, Ergreifen, Bemächtigen entstehenden Rechtsverhältnisse. Aehnlich ist durch „ob-ligatio" die Ungleichheit der durch das Rechtsband verknüpften Partheien der Art gekennzeichnet, daß die eine durchaus als berechtigt, die andre lediglich als verpflichtet hervortritt.

„Capere" cum effectu accipitur. Beispielsweise genügt es nicht, das Wild angeschossen zu haben, so daß man es greifen kann: man muß es gegriffen haben. Denn Vieles kann dazwischen kommen, daß man es doch nicht greift. So kann ein Dritter im Greifen uns überholen (vorgreifen);[1] grade dieser Fall schien Man-

1) Nur so lange das Thier noch lebt. Wie es stirbt, ohne mittlerweile von Andren ergriffen zu sein, gehört es dem Schützen, denn die natürliche

chen Unbilligkeit zu enthalten, und veranlaßte sie, übrigens ohne dauernden Erfolg, die strenge, aber logisch einfache Meinung zu bekämpfen. L. 5 §. 1 a. r. d. 41, 1. Die letztre Ansicht siegte bei Justinian. §. 13. J. r. d. 2, 1. Ebenso in neuern Gesetzbüchern. Vergleiche das preuß. L. R. 1, 9 §. 10: Absicht und bloßes Bestreben, sich eine herrenlose Sache zuzueignen, ist zur Erwerbung des Eigenthums derselben noch nicht hinreichend. [1])

Zu den Dissentienten gehörte Trebatius. Er hielt dafür, das durch mich angeschossene Wild sei mein, und bleibe mein so lange wie ich es verfolge. Bekannt ist, daß Wildeigenthum so lange nicht verloren geht, als das meiner Gewahrsam entrinnende Thier noch in meinem Gesichtskreise und seine Verfolgung nicht schwierig ist. Wenigstens für schwärmende Bienen steht dieser Grundsatz fest. So wird uns klar, daß die Meinung des Trebatius dieses Prinzip über Nichtverlust auf den Fall des schwebenden Erwerbes fälschlich antizipirte.

„Capere cum effectu accipitur" bedeutet überdieß: das Nehmen muß rechtliche Wirkung dahin haben, daß man nicht nur den Willen, sondern auch die rechtliche Macht des Behaltens des Genommenen gewinne. L. 71 pr. v. s. 50, 16.

Es ruht im natürlichen Rechtsgefühl, [2]) daß Sachen, eigenthumsfähig aber nicht eigenthumswirklich, dem Eigenthume, d. i. der vollkommnen privatrechtlichen Herrschaft Desjenigen unterbreitet werden, der seine Freiheit und Rechtsfähigkeit durch sol-

---

Freiheit ist dahin, und der Fall ist durchaus gleich dem des Fangens in Fallen, in welchem die Quellen ebensowenig das körperliche Ergreifen seitens der Person des Fangenden noch fordern. Ein Unterschied beider Fälle liegt nur in der Möglichkeit, daß das gefangene Thier gelöst und so wieder frei werden kann.

1) Zu weit aber ging die Helmstädter Fakultät 1716, indem sie den §. 13 cit. auf einen todt im Wasser treibenden Wallfisch anwendete, welchem ein Fischer zum Okkupationszeichen ein paar Zähne ausbrach und ein Stück Speck ausschnitt, demnächst mit Verstärkung das Ganze zu holen. Leyser, 1797, specimen 439 med. 2. Girtanner, Rechtsfall 78 (68). Da das Treiben im Wasser nicht Ausübung der natürlichen Thierfreiheit mehr sein kann, weil das Thier ja todt ist, so ist das eine und ungetheilte Thier ganz in Besitz genommen, und beschränken jene Zeichen, welche lediglich den Beweis sichern sollen, keineswegs den Umfang der Okkupation.

2) L. 3 pr. a. r. d. 41, 1.

ches Nehmen, also durch thatsächliche Aneignung, ausübt. Dieses Rechtsgefühl hat denn auch in Rom gleichlautendes positives Recht erzeugt. §. 12 J. r. d. 2, 1.[1])

§. 2. Anders in Deutschland, durch die Ausbildung der Staatsvorbehalte oder Regalien. Pr. L. R. 1, 9 §. 8. Nach deutschem Recht steht das Jagdrecht zur offnen Zeit zunächst dem Staate als Regal, subsidiär dem Grundherrn[2]) zu; und hat das Fischrecht in öffentlichen Gewässern der Staat, in privaten der Eigenthümer. — Von dieser Materie handelt ausführlich und im Einzelnen pr. L. R. 2 Tit. 16. Danach muß der Vorbehalt ausdrücklich sein, bildet also nicht die Regel, bedeutet übrigens, daß Niemand die unter den Vorbehalt fallenden Sachen besetzen darf: §. 2 das., österreich. G. B. §. 382. Auf derelinquirtes Gut im Allgemeinen geht der Vorbehalt nicht: arg. pr. L. R. §. 1 das., wohl auf Immobilien,[3]) auf welche noch Niemand ein Recht erworben hat, oder die von ihren vorigen Eigenthümern wieder verlassen werden: §. 3 das.; auf erblose Verlassenschaften: §. 4 das.; auf unterirdische Naturschätze: §. 6 das.; auf nutzbare wilde Landthiere: §. 5 das. Sonstige von Anfang herrenlose oder in der Folge herrenlos gewordene Sachen, die sich der Staat nicht ausdrücklich vorbehielt, fallen keineswegs unter den Vorbehalt: §. 7 das. Ein vier und vierzigjähriger ruhiger Besitz eines bisher herrenlosen Immobile gilt als stillschweigende Staatseinwilligung, daß der Besitzer Eigenthümer sei: §. 9 das. Wer also kürzere Zeit nutzte, behält die Nutzungen, soweit sie ohne Widerspruch des Staates gezogen sind: §. 10 das., kann dagegen aber auch keinen Ersatz der Be-

---

1) Potestas also wirkt innerhalb der Sphäre des Okkupationsrechts Dominium. Preuß. L. R. 1, 9 §. 9: Wer eine herrenlose Sache wirklich in seine Gewalt bringt, der wird von dem Augenblicke an, da Solches geschieht, Eigenthümer der Sache. — Alle Okkupation begründet Besitz pro Suo. L. 3 §. 21 a. p. 41, 2.

2) Nur die Verfolgung des angeschossenen Wildes auf das angränzende Jagdgebiet (Recht der Wildfolge) bleibt dem Jäger frei unter gewissen beschränkenden Formalitäten; indessen hat auch hier der jenseitige Jagdberechtigte (Grundherr) ein Vorfangsrecht. Leyser spec. 441. med. 11.

3) Nach deutschem Recht fallen Grundstücke, welche, ohne verlassen zu sein, keinen nachweisbaren Herrn haben, der Gemeinde, subsidiär dem Staate zu. Schmid H. B. S. 59 Note 39.

bauungskosten fordern: §. 11 das. Den Unterschied zwischen Verlassen und Derelinquiren, in Uebereinstimmung mit dem R. R., siehe im pr. L. R. 1, 9 §. 16. Ueber Besitzverlassen vergl. das. 1, 7 §§. 118 bis 122. — Alle jene Bestimmungen gelten auch von derelinquirtem Immobile: L. R. 2, 16 §. 12. Ist das Immobile zwar verlassen, eigentliche Dereliktion indeß unnachweislich: so muß der Richter, auf das Anmelden des Fiskus, den Eigenthümer zur Erklärung darüber fristmäßig auffordern: §. 13 das. Ist dessen Aufenthalt unbekannt, so treten die Bestimmungen über das Vermögen eines Abwesenden oder Verschollenen überhaupt ein: §. 15 das. Offenbar muß das Gleiche gelten, wenn der Verlassende, dessen Sinn zweifelhaft war, wahnsinnig wird, oder gegen ihn eine Prodigalitätserklärung erfolgt. — Verweigert aber der Eigenthümer jene Erklärung ungehorsamer Weise oder zögert damit beharrlich, so muß das Grundstück als herrenloses Gut dem Fiskus durch richterliches Erkenntniß zugeschlagen werden: §. 14 das. D. h. jene Verweigerung u. s. w. wird konstatirt durch den Unpartheiischen. Sie gilt wie Dereliktion. — Der zweite Abschnitt des Titels (§§. 16—29) handelt von den Rechten des Staates [1]) auf erblose Verlassenschaften. Denn das L. R. redet überall von Erbschaftseigenthum. Ueber das Unrichtige dieser Bezeichnung haben wir unter der Feststellung des Eigenthumsbegriffs gehandelt. Interessant ist §. 21 das.: Inwiefern Jemand das Eigenthum einer gewissen bestimmten Verlassenschaft, mittelst der Verjährung durch Besitz, gegen den Fiskus erwerben könne, ist nach den allgemeinen Grundsätzen von der fiskalischen Verjährung zu beurtheilen. — Der socius liberalitatis imperialis ist aufgenommen in §. 23 das.: „Wenn der Landesherr eine Sache .... Mehreren gemeinschaftlich verliehen hat, und die Begünstigten in dieser Gemeinschaft geblieben sind: so wächst, bei dem erblosen Abgange des einen von ihnen, der Antheil desselben den übrigen zu." — Nach §. 28 gebührt, falls der erblose Nachlaß zerstreut war durch Bezirke verschiedener zu seiner Besitznahme berechtigter Behörden, jedem Berechtigten das zur Todeszeit in seinem Bezirke befindliche reale (vgl. §. 29) Vermögen. — Der dritte Abschnitt

1) Haubold opuscula academica 2 §§. 1 bis 3.

handelt vom Jagdregal.[1]) Ausschließende Jagdgerechtigkeit ist nach §. 30 das Recht, jagdbare wilde Thiere aufzusuchen und sich zuzueignen. Gegensatz ist der freie Thierfang, der kein Jagdrecht genannt werden kann eben weil er nie Recht eines Einzelnen mit ausschließendem Charakter ist, sondern res (incorporalis) communis omnium. Die Gränze zwischen Jagdrecht und freiem Fange bestimmen die Provinzialgesetze: §. 31; subsidiär aber gehören gewöhnlich als Speise dienende wilde Vierfüßler und Vögel zum Jagdrecht: §. 32, und gleichförmig streitet wegen sonstiger Jagdthiere die Vermuthung für den freien Thierfang: §. 33, welcher auch auf Wölfe, Bären, überhaupt auf solche schädliche Raubthiere paßt: §. 34, ohne daß die gemeinen (§. 45) Setz-, Schon- und Hege-Zeiten dabei einzuhalten wären: §. 55. — Der vierte Abschnitt handelt vom Bergwerksregal. Alle Fossilien, aus welchen Metalle und Halbmetalle gewonnen werden können, gehören dazu, falls nicht Provinzialrecht entgegensteht: §. 69. Ebenso alle Steine (§. 70) außer (§. 73) Marmor, Porphyr, Granit, Basalt, Serpentinstein, Kalk, Gips, Sandstein, Torf, Thon, Lehm, Mergel und allen Farbenerden die nicht unter §. 69 fallen; außer ferner allen Steinen, welche (§. 74) entweder auf den Aeckern liegen oder durch die Pflugschar ausgerissen oder bei Gelegenheit andrer ökonomischer Arbeiten einzeln gefunden werden. — Nach dem Publikandum für Westpreußen vom 31. Dezember 1801 (bei Mannkopff hinter L. R. 2, 15 §. 87) Abschnitt 2 §. 1 ist der Bernstein des Staates, und steht nach §. 2 ebend. auf Bernsteinhandel trotz Verarbeitung Konfiskation der Waare. Dagegen nach dem Reskript vom 17. April 1805 (hinter L. R. 2, 16 §. 70, als Nr. 3) ist das Graben des Bernsteins in Südpreußen nicht Regal. Vielmehr verbleibt die Verwaltung der Bernsteinangelegenheiten den dortigen Kammern. Dieß verhält sich ebenso in Pommern und ist überhaupt die Regel: K. O. 25. April 1804. — Regal sind nach

1) Oesterr. G. B. §. 383: Wem das Recht, zu jagen oder zu fischen, gebühre; wie der übermäßige Anwachs des Wildes gehemmt und der vom Wilde verursachte Schaden ersetzt werde; wie der Honigraub, der durch fremde Bienen geschieht, zu verhindern sei, ist in den politischen Gesetzen festgesetzt. Wie Wilddiebe zu bestrafen seien, wird in den Strafgesetzen bestimmt.

Gebote: er hat keine civilis actio de faciendo: l. 50 a. r. d. 41, 1. [1])

Aus öffentlichen Flüssen endlich durfte man in Rom Privatwasserleitungen ziehen, außer

1) wenn die oberste Staatsgewalt dieß untersagt hatte —

2) wenn der Fluß schiffbar, oder ein Nebenfluß, aus welchem ein schiffbarer Fluß mitentsteht, war: l. 2 flum. 43, 12.

§. 4. Unmittelbarster Gegenstand der Sachbemächtigung ist das von der Natur selbst jetzt erst Geschaffene, — wie die neuentstandne Meeresinsel, — oder doch jetzt erst aus ihr zu Tage Geförderte — wie Alles was das Meer von seinen Erzeugnissen aus seinen Tiefen an's Land spült, wie Perlen, Gestein u. dergl. Dieß gehört dem Finder, der also vom Okkupanten rechtlich [2]) nicht unterscheidbar ist: §. 18 J. r. d. 2, 1, geschöpft aus Florentin's Institutionen (l. 3 d. r. 1, 8). Der Erwerb ist auf naturale oder gentium (§. 12 I. ib. Gai. 2, 67) jus gegründet, also neutral gegen die Sacheneintheilung in mancipi und nec manc. res, d. h. auch bei letztren braucht keine Ersitzung hinzuzutreten.

Hierher würde auch das vom öffentlichen Flusse verlassne Flußbett gehören, falls nicht das positive Recht in dieser Beziehung sich lieber für Zuwachsrecht der angränzenden Grundherrn entschieden

---

1) Eine eigenthümliche Entziehung der aktiven Okkupationsfähigkeit setzt das pr. L. R. 1, 9 als Strafe auf Störung eines Okkupaturus. §. 12: „Wer einen Andern in seinen zur Besitzergreifung gemachten Anstalten durch unerlaubte Handlungen stört, der kann selbst die Sache nicht in Besitz nehmen." §. 13: „Ein Gleiches gilt gegen den, welcher den Andern, um ihn an der Besitzergreifung zu hindern, in seiner Freiheit zu handeln ohne Recht einschränkt."

2) Dem Sprachgebrauche nach stehen Fangen von Lebendigem, Finden (Leyser spec. 442) von Leblosem einander gegenüber. Eine Unterart des Findens ist das Entdecken, d. i. das Finden von bisher absolut Unbekanntem, z. B. von Ländern und Inseln; dabei sind Zeichen der Besitznahme, z. B. Pfähle mit Inschriften, üblich und zum Beweise gegenüber Dritten nöthig. Nach deutschem Rechte ist der Finder verlorner Sachen gehalten, den Fund der Obrigkeit anzuzeigen und zu veröffentlichen, falls er nicht der Unterschlagung schuldig sein will. Der Eigenthümer muß behufs der Einlösung die Kosten ersetzen. Subsidiär verbleibt nach der Praxis das Eigenthum als solches dem Finder, nachdem dieser die Kosten zahlte.

hätte. Das neuere Flußbett, falls der Fluß in der neuesten Zeit wieder in das ältere zurückkehrt, fällt so wenig an den alten Eigenthümer zurück,[1]) als die Möglichkeit von Privateigenthum dessen Wirklichkeit bedeutet, als beispielsweise ein mir entsprungenes und hernach vom Titius gezähmtes, bisher wildes, Thier wieder mein wird. Auch der öffentliche Fluß, das Meer, hat Okkupationsrecht: l. 7, 5 a. r. d. 41, 1. Aber diese Okkupation ist eine unpersönliche, sie vollzieht sich nicht nur an res nullius, sie beruht in der Nothwendigkeit des Zuwachsrechtes. Der durch dieselbe erfolgende Verlust des Privatbesitzes (l. 3, 17 a. p. 41, 2) darf nicht auch bloßer Ueberschwemmung beigelegt werden, da in diesem letztren Falle vielmehr der Besitz animo fortdauert, ähnlich wie der des Dejektus, welchem die Redejektion in continenti gelingt.

Den Orten der Sachbemächtigung, „Erde, Luft, und Meer", entsprechen als Erwerbsthätigkeiten „Jagd, Vogel-, und Fisch-Fang", denn das wilde Gethier genießt von Natur einer Freiheit ohne Vernünftigkeit, einer Freiheit also welcher die Fähigkeit anklebt, Eigenthumsgegenstand zu werden. Vgl. l. 1, 1 a. r. d. 41, 1. Da das wilde Gethier schon um seiner freiwilligen Beweglichkeit willen nicht Zuwachs[2]) des Bodens sein kann, auf welchem es zufällig sich aufhält, und mit welchem dasselbe überdieß nicht verbunden ist: so muß es für den Sacherwerb selbst irrelevant sein, ob man sich auf eignem, oder auf herrenlosem, oder auch gar auf fremdem Boden seiner bemächtigt: l. 3, 1 ib. Eine eigenthümliche Auslieferungspflicht jedoch knüpft das preuß. L. R. 1, 9 §. 115 an die letztgenannte Alternative: „Wer in der Absicht, dergleichen Thiere zu fangen, fremden Boden ohne Vorwissen oder wider den Willen des Eigenthümers betreten hat, muß das Gefangene dem Eigenthümer auf dessen Verlangen unentgeldlich ausliefern."

1) Gleichwohl scheint der römische Privatrichter diese Schärfe der Folgerichtigkeit als Unbilligkeit behandelt und regelmäßig verworfen zu haben.

2) Der Schwabenspiegel entscheidet entgegengesetzt, und so leider die gemeine Praxis. Hier ist in der That das Unvernünftige Recht geworden. Schmid H. B. besondrer Theil 1 (1847). S. 57 ff.

Das Recht zum Jagen hatte auch bei den Römern nur der Grundherr, d. h. aber lediglich: er konnte jeden Dritten prohibiren: §. 12 J. r. d. 2, 1. Dieß genügt übrigens, zu erklären, daß unsre Quellen andrerseits die Erträgnisse der Jagd u. s. w. als fruchtähnliche, also dem Nutznießer z. B. zukommende (l. 9, 5 usfr. 7, 1) Gutseinkünfte behandeln. Folgerecht gehören die zu diesen Erwerbsthätigkeiten angeschafften Werkzeuge, wie Jäger und Spürer und Treiber des Wildes, Vogelfänger und Fischer, sämmtlich als Sklaven oder Gutshörige (coloni adscripticii) gedacht, ferner Jagdhunde, Vogelheerde, Schlingen, Netze, Angeln, Fischkasten u. s. w., ähnlich den Ackerbauwerkzeugen selbst, zum Gutsinventar (instrumentum fundi): l. 12, 12 instr. leg. 33, 7. Ueber das rechte Maaß freilich hinaus gingen die ältren Sabinianer, wenn sie auch die Vögel, nach dem Muster der Bienen, eben hierher zählten. Denn auch die Bienen sind dadurch noch keineswegs mein, daß sie auf meinem Boden wohnen. Vielmehr erwerbe ich sie erst durch Einschluß in den Korb: dieß ist Sachbemächtigung, in keiner Weise Sachzuwachs: l. 5, 2 a. r. d. 41, 1. Zuwachsähnlich aber ist das Gutsinventar. Zwar der von Bienen, die der Grundherr also einschloß (arg. §. 3 ib.) angefertigte Honig ist Gutserträgniß; jedoch wilde Vögel im Uebrigen produziren Nichts in solcher Weise, was als geläufiger landwirthschaftlicher Artikel und Gewinn gelten könnte: l. 12, 13 instr. leg. 33, 7, denn den Guano kannten die Römer noch nicht.

Den freien Wildfang schließt im deutschen Recht und demgemäß im preuß. L. R. die Jagdgerechtigkeit aus, den freien Fischfang die Fischereigerechtigkeit (L. R. 1, 9 §. 114). Nur (L. R. 1, 9 §. 155), wird Jemand von wilden Thieren angefallen, so (§. 156) bleiben wilde oder andre reißende Thiere, die er bei solcher Gelegenheit fing oder tödtete, ihm eigen, eigentliches Wild (§. 157) jedoch, wie z. B. Hirsche und Schweine, muß er abliefern.

§. 5. Dem Postliminium des Menschen (§. 17 J. r. d. 2, 1) entspricht der Rückerwerb der Thierfreiheit seitens des der menschlichen Gewahrsam wieder entronnenen wilden Thieres. Entronnen ist das dem Gesichtskreise des verfolgenden Herrn entrückte, oder auch nur schwer weiter zu verfolgende Thier: Gai. 2, 67. Abweichend setzt das preuß. L. R. 1, 9 §. 124 diese Wirkung erst in

den Zeitpunkt, in welchem die Verfolgung gänzlich seitens des Herrn aufgegeben ist.

Zähmbarkeit setzt natürliche Wildheit voraus: z. B. §. 14 J. r. d. 2, 1. Die wirkliche Zähmung (vgl. l. 3, 15 a. p. 41, 2) wird erkannt an der Gewohnheit des Thieres, von seinen Ausflügen stets wieder zum Eigenthümer zurückzukehren. Die Fortdauer dieser Gewohnheit entzieht diese Thiere der Drittokkupation.[1]) Eine Ausnahme verfügt das preuß. L. R. 1, 9 §. 111 für Tauben, welche, ohne Recht gehalten, im Freien betroffen werden. Wer das Recht habe, Tauben zu halten, bestimmen nach §. 112 ebend. die Provinzialgesetze. Subsidiär (§. 113) sind nur Diejenigen, welche tragbare Aecker in der Feldflur eigenthümlich besitzen oder dieselben statt des Eigenthümers benutzen, nach Verhältniß des Ackermaaßes, Tauben zu halten berechtigt.

Römische Beispiele solcher Thiere sind, außer Tauben, Bienen (l. 26 pr. furt. 47, 2) und Pfauen, seltner („quidam" in §. 15 J. r. d. 2, 1) Hirsche. So bald sie diesen gleichsam angelernten, künstlichen, Instinkt verlieren — was nur aus ihren eignen Trieben geschehen kann, gleichsam aus ihrem eignen Willen —: so treten sie in jene natürliche Freiheit wieder ein: Gai. 2, 68. l. 5, 5 a. r. d. 41, 1. Den Verlust dieses angelernten Instinktes kennzeichnet z. B. bei den Bienen das Schwärmen: l. 5 cit. §. 4; der Schwarm, examen, hat die Marschordnung eines Heeres, exercitus. So lange dies Gezähmtsein dauert, bleibt der Besitz animo bestehen, sollte gleich das Thier sich von uns vorübergehend entfernt haben; liegen die Merkmale dagegen vor, daß die Wildheit wieder siegte, so ist unter dem gleichen objektiven Thatbestand der Besitz animo verloren, vgl. l. 3, 16 a. p. 41, 2.

Die zahmen oder Haus-Thiere dagegen haben keine natürliche Freiheit — §. 16 J. r. d. 2, 1 —, stehen somit unter dem geläufigen Grundsatze des gemeinen Eigenthums, daß dasselbe durch Besitzverlust vollkommen unberührt bleibt. Wilde und zahme Hühner und Gänse ꝛc. sind ungleiche Thierarten: l. 5, 6 a. r. d. 41, 1.

1) Das österr. G. B. setzt in §. 384 dem bisherigen Eigenthum dann ein Ziel, wenn das zahmgemachte Thier 42 Tage lang von selbst ausblieb; bei Bienen, wenn der Eigenthümer des Mutterstocks den Schwarm durch zwei Tage nicht verfolgt hat.

Folglich wird mein zahmes Thier dadurch nicht herrenlos, daß ein wildes dasselbe raubte. Denn, wäre selbst die natürliche Freiheit des wilden Thieres eine rechtlich-aktive, persönliche — was sie nicht ist —, so läge dennoch nur Besitzentziehung vor, wie durch Diebstahl oder Raub seitens eines Menschen. Somit tritt das geraubte Thier nicht in das Verhältniß rechtlichen Zugehörens zu dem raubenden; daher ferner, wer letztres erjagt oder auch nur die Beute ihm abjagt, diese nicht sein nennen kann, sondern immer noch mein nennen muß. Das übrigens steht sich stets gleich, ob man selbst oder durch Hunde Jagdbeute macht. Nur muß man sich Obigem zufolge hüten, das Eigenthum des Jägers am Erjagten als Regel aufzustellen: nicht das Okkupationsmittel, sondern lediglich die Okkupirbarkeit des Objektes entscheidet über den Eigenthumserwerb durch Sachbemächtigung: l. 44 ib.

Allerdings darf man nicht auf fremdem Boden jagen. Der Grund-Herr, -Besitzer oder bloße -Innehaber kann dieß verwehren, eventuell sogar die, immer nur persönliche, Injurienklage erheben; ja, wegen Verminderung des Jagdertrages des Gutes, scheint auf den verkehrter Weise s. g. Wilddiebstahl bereits der römische Begriff des damnum injuria datum zu passen. Umgekehrt aber hat, wer auf öffentlichem Boden okkupiren will, ein Widerstandsrecht, eventuell wiederum eine Injurienklage (l. 13, 7 inj. 47, 10)[1]) gegen jeden Prohibenten. Auch hier halte ich überdieß eine der legis Aquiliae actio analoge in factum actio für zulässig, falls das lucrum sonst aller Berechnung nach nicht hätte entgehen können. Ein Interdikt hat der Okkupaturus nie; einzig denkbar wäre ein i. adipiscendae possessionis: solches aber setzt bereits ein ältres privates Anrecht auf den Besitz voraus. Das i. de loco publico fruendo kann auch die Ergreifung herrenloser Sachen auf solchem Boden gegen eigenmächtige Drittuntersagung sichern und also mittelbar erleichtern, aber es hat solche Ergreifung nicht eigentlich zum direkten Zweck und Ziel. Nach l. 2, 9 ne quid

1) Dieselbe Stelle erwähnt eines verwerflichen Herkommens, wonach die römischen Hausbesitzer sich anmaßten aus naheliegenden Annehmlichkeitsgründen, den Leuten zu verbieten, unter ihren Fenstern zu fischen. Ein redendes Beispiel, daß nicht jede das Recht betreffende Sitte ein Gewohnheitsrecht beurkundet!

in loco publ. v. it. fiat 43, 8 steht das in dieser Titelrubrik allegirte Interdikt denjenigen nicht zu, der im Meere zu fischen gehindert wird: natürlich, denn solche Hinderung schädigt die öffentliche Sache nicht, das Interesse des Gehinderten war ein privates, kein populares.

Indessen auch das auf positiv fremdem Boden gefangene Herrenlose gehört dem Fangenden.[1]) Was er wagt, sind lediglich Schuldpflichten.

Fängt nun ein wildes Thier sich in meiner, selbst auf fremdem Boden gelegten Schlinge, so ist es sofort, d. h. auch ohne mein Vorwissen (animus praecedens, corpus possidendi insequens), mein, und, sollte es selbst durch längeres Ringen sich wieder befreien können, so macht doch erst die wirkliche Befreiung meinem Eigenthum wieder ein Ende. Ob diese Wiederbefreiung durch fremde, insbesondre durch eines dritten Menschen Beihülfe vermittelt wird, ist gleichgültig für den Eigenthumsverlust, wenn gleich nicht für die Begründung einer Schuldklage auf Schadensersatz: l. 55 a. r. d. 41, 1.

§. 6. Der Besitz über das wilde Thier dauert fort durch dessen Einschließung in einen Käfig u. dgl., in welchem dasselbe gefüttert zu werden pflegt. Ebenso der Besitz über Fische durch Setzen derselben in Fischkasten und in solche Fischteiche, welche dem Fische keinen regelmäßigen Ausgang lassen. Wie aber, wer seinen Privatwald einhegt, dadurch nicht das frei darin fortlebende Wild erwirbt — l. 3, 14 a. p. 41, 2 —: ebensowenig wird, wer das Eigenthum eines geschlossenen Teiches überkommt, dadurch Herr der frei darin lebenden, d. h. nicht gesetzten und also mit übergebenen, Fische. Was von den gesetzten Fischen, das Nämliche gilt natürlich von deren Brut.

Auch in dieser einfachen und schönen Consequenz weicht das preuß. L. R., in näherer Ausbildung der Bestimmungen der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V. für Deutschland (vgl. dazu Gesterding Eigenthum §. 15, v. Bülow und Hagemann prakt. Erörtr. 2. Aufl. [1806] 1, 18 S. 116 f.), wiederum zu Gunsten des Zuwachsrechtes, von dem römischen Rechte ab. Nach L. R. 1, 9

1) Anders, für entflohene gezähmte Thiere, das österr. G. B. §. 384.

§. 177 nämlich gehören die Fische in enklavirten Privatgewässern dem Grundherrn, ja (§. 178), treten sie kasuell aus, so bleiben sie sein; (§. 179) bis in Flüsse oder Ströme hingegen oder sonstige Gewässer fremden „Fischfangrechtes" findet die Verfolgung nur soweit statt, als der Herr sichere Merkmale angeben kann, durch welche seine ausgetretenen Fische von denjenigen sich hinlänglich unterscheiden, welche in dem andern Gewässer sich befinden. (§. 180) Treten Flüsse, Bäche oder andere uneingeschlossene Gewässer aus, so kann der Fischereiberechtigte die ausgetretenen Fische nicht verfolgen, (§. 181) sondern sie gehören dem, auf dessen Boden das Wasser stagnirt, oder der hier auch für Lachen Fischereiberechtigte hat das Bemächtigungsrecht. (§. 183) Es darf aber Niemand die Fische durch Netze, Zäune, Dämme oder andre Wehrungen an der Rückkehr in den Strom verhindern. (§. 190) Wer endlich ohne Erlaubniß fischt und krebst, verliert außer dem Fang auch Netze und Geräthe.

§. 7. Bürgerkrieg eignet sich zur bellica occupatio [1]) darum nicht, weil in ihm die Vernichtung des Staates keineswegs Zweck

---

1) Ueber diese vergl. H. Grotius d. j. b. et p. III cap. 6 d. j. acquirendi bello capta. Zeitpunkt der vollendeten Erbeutung: Id. ib. 3, 1: Capta dicuntur, quae quis ita detinet, ut recuperandi spem probabilem alter amiserit, aut ut res persecutionem .... effugerit. Mobilien: ubi intra fines, i. e. praesidia (worunter nicht nur feste Plätze zu verstehen sind) hostium, perducta fuerint: eodem enim modo res amittitur, quo postliminio redit. 4, 1: At agri non statim capti intelliguntur simul atque insessi sunt: nam quamquam verum est eam agri partem quam cum magna vi ingressus est exercitus ab eo interim possideri: tamen ad eum quem tractamus effectum non sufficit qualiscunque possessio sed firma requiritur. (Veluti) ager mansuris munitionibus ita includitur (nun ist er gleichsam intra praesidia), ut nisi iis expugnatis parti alteri palam aditus non sit. 2: Territorium: a terrendis hostibus? — Die bellica occup. ist durchweg abhängig von der Entwicklung der Grundsätze des öffentlichen Rechts; vgl. die Stellung des Pandektentitels Libr. 49 Tit. 15. — Schroffer Gegensatz zwischen Hellenen und Barbaren: Osenbrueggen de j. belli et pac. (1836) p. 1—7; milderer zwischen Römern und Peregrinen: id. p. 7—9; Unabhängigkeit des Völkerrechts (jus gentium im engern Sinne) von den einseitigen Civilrechtsbestimmungen: id. p. 9—13; neuere Entwickelung, innigeres Band zwischen christlichen Staaten: id. p. 14—16; Wirkung der geläuterten Moral, milderes Kriegsrecht: id. p. 16. 17. Das neuere Völkerrecht läßt an Immobilien die Kriegserbeutung nicht mehr zu Veränderung des Eigenthümers zu; nur die Landeshoheit geht, wenig-

ist. Thatsächlicher Verkauf der Bürgerkriegsgefangenen machte dieselben daher rechtlich nicht zu Sklaven; Freilassung aus solchem lediglich faktischem Zustande beeinträchtigte die Freigeburtsrechte nicht: l. 21, 1 capt. 49, 15. Auch Privatkrieg, wie Land- und See-Raub, kann keine Sklaverei erzeugen: l. 19, 2 ib. Somit beschränkt sich das Rechtsinstitut der bellica [1]) occupatio auf jeden Krieg, zwischen Staaten von Staatswegen, wenn auch nur einseitig erklärt [2]) (dekretirt): l. 24 ib.

Das preuß. L. R. 1, 9 §. 193 fordert Staatsgenehmigung zur bellica occupatio. (§. 195:) Wer Kriegs- oder Mund-Vorräthe erbeutet, muß sie zum Gebrauche des Staates ablliefern. (§. 196:) Alle andern Sachen, welche bei dem feindlichen Kriegsheere oder bei den unter den Waffen befindlichen Feinden oder bei feindlichen Marketendern und Lieferanten angetroffen werden, sind Beute. (§. 197:) Das Eigenthum feindlicher Unterthanen, die weder zur Armee gehören noch derselben folgen, kann nur zur Beute gemacht werden, wenn der Befehlshaber dieß erlaubte; (§. 198:) Immobilien niemals. (§. 201:) Die Beute ist erst dann erobert, wenn sie von den Truppen bis in ihr Lager, Nachtquartier oder sonst in völlige Sicherheit gebracht ist. (§. 207:) Kaper, mit Kaperbriefen ausgestattet, erbeuten nach den nämlichen Grundsätzen. (§. 208:) Das Gekaperte muß in einen feindlichen oder neutralen Hafen

---

stens thatsächlich, über. Mobilien können ausdrücklich der Plünderung preisgegeben werden. v. Pufendorf 1 (1783) animadv. 50: Dux bellicus praedari permittit, et, an justa praeda sit, definit. Kriegskontrebande fällt dem Kaper zu, wenn das Spezialgericht sie ihm als Prise zuweist. Res publicae, Sachen im Besitz der Krieger, unterliegen der Kriegsbemächtigung. Nur der Krieger kann erbeuten. Das Jus Postliminii gilt wenigstens dann noch heut zu Tage, wenn die befreundeten Kriegsschiffe dem feindlichen Kaper die Beute wieder entreißen. Schmid H. B. S. 68 ff. — Eine absonderliche Meinung vertritt Struben rechtl. Bedenken 2, 20: Da das jus belli gerendi allein dem Landesherrn zusteht, so gehört die Beute ihm. Doch ist zur Auffrischung des Muthes Erlaubniß der Okkupation für die (kriegführenden) Unterthanen vermuthet.

1) Ohne bellum: zwischen Angehörigen nicht befreundeter Staaten; eine Anwendung der veralteten Rechtlosigkeit des Fremden, soweit es je eine solche gab. Vor Cizero (de or. 1, 40, s. jedoch Hase j. postl. S. 61, Anm. 2), vielleicht sogar zwischen verbündeten Staaten (ohne Isopolitie).

2) Ueber bellum justum siehe Osenbrueggen cap. 1 (p. 21 sqq.).

gebracht sein. (§. 212:) Gegenstand befugter Kaperei sind alle, auf feindlichen Schiffen gefundene Waaren und Güter feindlicher Unterthanen.

Dagegen bei den **Römern** stattfindend an allem ex hostibus captum (ohne Beschränkung [1]) auf die Kriegführenden aus der Zahl der Angehörigen des verfeindeten Staates) brachte dieß die bellica occupatio statim, d. h. ohne Erforderniß der Ersitzung auch bei mancipi res, in das Eigenthum der Kapienten: l. 5, 7 a. r. d. 41, 1. Nur die Rechtlosigkeit [2]) des ex hostibus captum ermöglichte die Entstehung der Sklaverei, daher diese auch durch Rückgewinn der alten Freiheit, sobald das Entrinnen aus der Feindesgewalt gelungen war, wieder verdrängt ward: l. 7 pr. ib.

Ein Postliminium [3]) giebt es im Kriege, es dauert fort [4]) im Frieden [5]) zu Gunsten derjenigen Kriegsgefangenen, über welche

---

1) Die Beschränkung findet sich schon im Kapitulare Ludwig's des Frommen v. J. 819 Cap. 2, 7 (Baluz Venetiis 1772 tom. 1). Vergl. überhaupt Gesterding Eigenthum §. 19.

2) Quinctilian sagt von solchen und andern res nullius: „Quod natura commune finxit, id industriae esse praemium voluit.“ — Die Erarbeitung liegt regelmäßig auch in der Kriegserbeutung. Doch findet solche Erbeutung ebenfalls an Sachen statt, die der Feind im Stiche ließ und die ein Nichtkombattant sich aneignet, selbst noch nach deutschem Recht. Vgl. das Urtheil v. J. 1633 bei Carpzov jurisprud. for. 2, 53, 9: „Dieweil der Pfarrherr von solchem Pferde, so in seinem Hause gestanden und von des Feindes Volke darin verlassen worden, Nichts gewußt, des Bauern Sohn aber dasselbe zum Ersten in des Pfarrherrn Hause angetroffen, okkupirt und in seine Gewähr bekommen, so verbleibts ihm eigenthümlich.“

3) Zu kurz ist hierüber die Entwicklung bei Osenbrueggen p. 51—54, aber das Privatrecht gehörte auch nicht in den Plan des Verfassers. Ausführlich und sorgfältig handelt vom j. postl.: Hase j. postl. und fictio l. Corn. 1851.

4) A. M. Hase j. postl. S. 59 ff. Aber Pomponius l. infra cit. knüpft nicht jedes, sondern nur das „in bello“ Postliminium an die Bedingung des „eodem bello reverti“; dieß war der zweifelloseste Fall, von dem also ausgegangen werden mußte. Die Hauptstelle — l. 12 pr. capt. 49, 15 — bleibt übrig, aber sie beweist für Hase nur durch Emendur des „nihil“ in „id“, oder durch gleich gewaltsames Einschalten von „nullum postl. est“ hinter „comprehensum“; letztrenfalls erwartete man überdieß statt „autem“: „vero“. Für uns dagegen stehen auch die Basiliken ein.

5) Pomponius l. 5 pr. capt. 49, 15: Postliminii jus competit aut in bello aut in pace. — „In pace“ hat hier noch eine weitere Bedeutung wie im Texte. Siehe besonders §. 2 ib. Nämlich die gegenseitige Rechtlosigkeit fand auch ohne Staatenfeindschaft immer dann statt, wenn keinerlei völkerrechtliches Freundschaftsverhältniß besiegelt war.

die Friedensartikel nichts besonderes enthalten. Dem Frieden also wird die Kraft, die Gefangenen wieder frei zu machen, versagt, [1]) damit der Römer, in Hoffnung auf baldigen Frieden, sich nicht zu leicht kriegsgefangen ergebe. Aber der Frieden hebt das Postliminium nicht auf, es sei denn ausdrücklich. So beraubt Auslieferung, jenseits angenommen und dadurch perfekt, des Postliminii; Mancinus hatte, wegen Mangels Annahme, das Postliminium noch: Cic. top. 8, 37 i. f. [2]) Solche Ausländer, welche zur Zeit des Ausbruches eines Krieges zwischen ihrem Lande und dem Inlande diesseits sich befinden, sind thatsächlich und in Folge ihrer eignen Handlung [3]) der Ergreifung als Kriegsgefangne ausgesetzt. Von ihrer Freigebung oder auch nur Auswechselung, da sie nicht eigentlich kämpfend gefangen wurden, werden die Friedensartikel kaum reden; eher möchten ihnen diese Artikel das Postliminium entziehen, da leicht Verdacht des Staatsverrathes auf Jenen haften konnte: l. 12 pr. capt. 49, 15.

Während die Sachbemächtigung dem allgemeinen [4]) Rechte, so

---

1) Schrieb der Frieden ausdrücklich Rückkehr gewisser Gefangenen vor, so war der andre Staat schuldig, dieselben ziehen zu lassen; dennoch trat die Freiheit erst durch die Heimkehr ein; wider seinen eignen Willen ward also ein solcher Gefangner nicht frei, wenigstens nicht wieder Römer. Auch hatte er, freiwillig beim Feinde bleibend, hernach natürlich kein Postlimin. mehr: l. 20 pr. capt. 49, 15.

2) Ueber die betreffende Streitfrage der Römer siehe Hase j. postl. §. 5 i. f., welcher behauptet, sie sei in entgegengesetzter Richtung entschieden worden. Mit Unrecht, so viel wir sehen können. Allerdings gab eine „lex" Jenem die Civität wieder; aber offenbar nur um die Streitfrage zu entscheiden. Dem Claudius bei Val. M. 6, 3, 3 wird die Freiheit ausdrücklich genommen; er muß also wohl ipso jure Postliminium gehabt haben. L. 4 capt. 49, 15 lehrt nur, daß das römische Volk die Nichtannahme Desjenigen, den es vergeblich zur Auslieferung hinbot, beschließen kann, und daß Jener dann in den römischen Staat als Bürger nicht eintreten könne.

3) Suo facto. Haloander: fato; Andre lesen: pacto. Grotius 3, 6, 12, 1 zieht „fato" den beiden übrigen Lesarten vor; Gegensatz: suo merito.

4) Cic. off. 3, 29 §. 108 i. f.: Regulus non debuit condiciones pactionesque bellicas et hostiles perturbare perjurio. Cum justo enim et legitimo hoste res gerebatur: adversus quem et totum jus fetiale et multa sunt jura communia. Quod ni ita esset, nunquam claros viros senatus vinctos hostibus dedidisset. — Also keine „Rechtlosigkeit" des Feindes, insbesondre nicht im

gehört das Postliminium dem besondren[1]) Rechte der Römer an. Denn die Römer behaupteten: „Da wir nur gerechte Kriege führen, so trifft die Kriegserbeutung uns und unsere Sachen mit Unrecht. Zwar ist dies ein natürlicher Sinn von Unrecht (Unbilligkeit), der die positive Gültigkeit jener Erbeutung nicht tilgt. Denn auch jene unsere Auffassung wird jenseits nicht getheilt.[2]) Indessen, da sie bei uns feststeht, so macht sie die Bedeutung des Postliminii, als einer zivilistischen Wiedervernichtung jenes Unrechtes, also mit rückwirkender Kraft, von demjenigen Zeitpunkte an zu einer nothwendigen, seit welchem sie eine mögliche ward durch Erlöschen der Feindesgewalt und Rücktritt des ehemals Erbeuteten in den Bereich unsrer Staatsmacht und folgeweise unsres objektiven Rechts". Für diesen natürlichen Sinn von Unrecht mußte das Gleiche um so mehr dann gelten, wenn ohne Krieg die einfache positive Rechtlosigkeit eine solche Okkupation ermöglicht und verwirklicht hatte. Vgl. l. 19 pr. ib.

Wie zum Eintritt der Kriegsgefangenschaft nicht das Gefangenwerden auf dem Schlachtfelde u. dgl. genügt, sondern man überdieß intra praesidia hostium geführt sein muß:[3]) so ist das

---

Völkerrecht? Hase das jus postliminii und die fictio legis Corneliae, Halle 1851, §. 1.

1) Nicht dagegen streitet der Satz bei Festus s. v. postliminium: „Quae genera rerum ab hostibus ad nos postliminio redeunt, eadem a nobis ad hostes redire possunt". Nämlich nicht postliminio, sondern nova captivitate. Isidor orig. 5, 6 sagt freilich, auch die postliminia seien jus gentium; aber dieß bedeutet nur den völkerrechtlichen Ursprung. Denn ohne Kriegsgefangenschaft wäre kein postl. Bedürfniß gewesen. Die Ausbildung des postl., besonders in objektiver Hinsicht, war sicher ebenso spezifisch römisch, wie die zivile Gestaltung der Sklaverei, welche gleichwohl ebenfalls völkerrechtlichen Ursprunges ist. Oder war die rechtliche Lage des Sklaven etwa nicht in Rom eine andre wie bei den übrigen Völkern? Hase S. 18 versteht den Paulus „Postl. est jus amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum" von völkerrechtlichen Verträgen; aber es hat kein Interesse für das Ausland, ob die durch Krieg verlorne Sache, die ehemals erbeutet war, ihren alten Herrn oder einen neuen aus der Zahl der Bürger bekommt.

2) Vielmehr werden die Feinde die Gerechtigkeit des Krieges stets ebenso für sich in Anspruch nehmen.

3) Bis dahin war die Frage in der Schwebe, gleichwohl aber interimistisch Gefangenschaft angenommen. Grotius 3, 6, 3, 2: Facile intel-

Entrinnen aus der Kriegsgefangenschaft erst vollendet wie man diesseits (post limen d. i. intra fines sive praesidia) des römischen imperium angelangt ist. Dem Entrinnen zu den Römern selbst steht aber das zu Freunden des römischen Volks in dieser Wirkung darum gleich, weil diesen der Römer nicht als rechtlos gilt: l. 5, 1 ib.

Die Freilassung des Kriegsgefangenen begründet erst durch dessen Heimkehr (corpus revertendi), verbunden mit dem Willen daheim zu bleiben (animus), das Postliminium. Die Freilassung bedeutet also hierfür noch weniger wie der erste Akt des Entrinnens, denn letztrer zeigt wenigstens den Willen. So hatte Regulus wegen seines Schwurs kein Postliminium. So war es nicht nöthig, über den von Rom zu den Seinigen entsendeten Dollmetsch Menander jenes Gesetz zu geben, daß er römischer Bürger bleibe; denn, wollte er dieß, so blieb er es auch ohne Gesetz; wollte er es nicht, so konnte ihn das Gesetz, überflüssig also nach beiden Seiten hin, nicht zwingen: l. 5, 3 capt. 49, 15.

Gegenstände des Postliminium's sind entweder wir selbst, oder [1]) Stücke unseres Vermögens oder unserer Familie. Beide Gesichtspunkte kumuliren sich also im Postliminium des Hauskindes — l. 14 pr. ib. —, nicht ebenso im Postliminium des Ehegatten, sondern durch Konsens ist die Ehe neu herzustellen: §. 1 ib. Im Einzelnen kehren durch Postliminium zurück: (Cic. top. 8, 36):

1) Menschen, auch Sklaven, also ist die Wehrhaftigkeit, d. i. die Fähigkeit zum Kriegsdienst, nicht Schranke: l. 19, 10 capt. 49, 15; und es verdiente dieß hervorgehoben zu werden wegen der bei Schiffen allerdings richtigen Unterscheidung.

---

lectu, quod dicuntur capta statim capientium fieri, cum condicione aliqua, continuandae sc. eo usque possessionis, debere intelligi. Folglich Schiffe: quum in navalia aut portus aut ad eum locum ubi tota classis se tenet perducta sunt: nam tunc desperari incipit recuperatio. — Neueres Völkerrecht: (allgemein) capta censeri, quae per horas XXIV in potestate hostium fuerint.

1) Postl. stellt das alte Eigenthum wieder her: c. 10 postl. rev. 8, 51, den alten Nießbrauch: l. 26 q. m. usfr. am. 7, 4, die alte Religiosität: l. 26 rel. 11, 7 u. s. w. — Ausstellung aller Beute auf dem Marsfelde (außerhalb der Stadt: Liv. 35, 1) mit 2 (Liv. 5, 16) oder 3 oder 30 (Liv. 24, 16) -tägiger, überhaupt im einzelnen Fall bestimmter Ediktal- (Liv. 10, 20) Frist zur Anmeldung der alten Privatrechte: Liv. 3, 40, auch zu Gunsten bundesgenössischer Bürger: Liv. 4, 29.

2) Aecker: l. 20, 1 ib.

3) Schiffe, aber nicht alle. Wohl Kriegsschiffe — naves longae; Transportschiffe — n. onerariae. Der Kriegsbedarf ist hier gemeinsamer Zweck. — Nicht Fischerboote, Luftfahrtschiffe: l. 2 pr. ib.

4) Saumthiere.

5) Pferde, von den Stuten jedoch nur die Reitpferde.

Demnach ist l. 28 ib., soweit hier Labeo[1]) redet, nur von Sachen zu verstehen, die nicht Postliminium haben, und allerdings bilden sie die Regel. Nicht einmal der „Kriegsbedarf" stempelt die Sache zur res cum jure postliminii: er ist lediglich Ratio zur Restriktion des Umfanges dieses Rechtes in dessen Anwendung auf einzelne Sachenarten. So haben Waffen sicher, und in hervorragendster Weise, Kriegszweck, aber die oberste Ratio ist Erhaltung der kriegerischen Tapferkeit, und Waffen werden nur schimpflicher Weise verloren: l. 2, 2 ib., ebenso Kleider: l. 3 ib., nicht aber die Schlachtpferde: l. 2 cit. §. 1. Bei letztren wird nicht im einzelnen Falle untersucht, sondern der Favor ist für das Postliminium; es genügt, daß das Roß ohne Schuld des Reiters durchgehen (se proripere) kann. Man braucht da nur an hitzige Reitereiangriffe zu denken, bei welchen das Roß den Reiter ohne dessen Besinnung leicht in die Mitte des feindlichen Treffens führt.

Für das Unpersönliche ist der Zeitpunkt der gelungenen Heimkehr erst der, in welchem es seinen alten Herrn oder doch einen dritten Besitzesaneigner wiederfand: l. 30 ib.

Schon oben deuteten wir unsre Ansicht über die grammatisch richtige Erklärung von postliminium an. Servius Sulpicius

---

1) Si quid bello captum (est) in praeda est, non postliminio redit. — Oder denkt Labeo an die eigentliche, konstatirte praeda, konstatirt nämlich durch Ablauf der Ediktalfrist für die alten Eigenthümer? Oder schließt Labeo wirklich das postl. aus auf den Fall eigentlicher Zurückeroberung? Das Letztre scheitert an den Berichten des Livius. — Hase j. postl. S. 148 ff. übersetzt: Hatte Rom den Erwerb durch bellica occupatio gemacht, denselben wieder ebenso verloren (?) und noch später abermals erbeutet: so lebt das Recht des Erstokkupanten nicht wieder auf (?), denn das feindliche, auch diesseits anerkannte (?) jus postl. hatte inzwischen sich realisirt und so das Eigenthum des Erstokkupanten definitiv getilgt. — Die Auslegung ist fein, aber sie legt Dinge in den Thatbestand der Stelle hinein, von denen keine Silbe redet.

scheint[1]) dem Cicero top. l. s. c. das Wort nur aus „post“ mit Substantivirung herzuleiten; liminium bilde eine Verlängerung, ähnlich wie in finitimus, legitimus, aeditimus, und das timus habe nicht mehr Kraft als in meditullium — die Mitte, also gleich medium — das tullium.[2]) Nach Cicero ebendas. §. 37 leitete Q. Mucius Scävola, des Publius' Sohn, dagegen das Wort ab aus „post“ und „limen“. Nur daß post hier gleich postea sei, glaube ich dem Cicero nicht; er mag den Scävola nicht ganz verstanden haben. Das postea könnte gedacht sein im Verhältniß zu dem vorangehenden ersten Akt, nämlich dem Versuche aus der Feindesgewalt zu entrinnen, oder auch nur ganz allgemein im Verhältniß zu der vorangegangenen Kriegsgefangenschaft. So versteht Boëthius die Sache. Uns bedeutet „post limen esse“ die Gränze der Feindesgewalt im Rücken haben (Paulus Diac. h. v. §. 5 J. q. m. j. p. p. solv. 1, 12); so kann man das post, in Anwendung auf jeden einzelnen Fall des Entfliehens, gebührender Weise zugleich rein temporal verstehen, ohne doch es mit dem zu wenig sagenden postea zu identificiren. — Vgl. noch Plutarch. qu. R. cap. 5.

§. 8. Der Sachbemächtigung als einer Eigenthumserwerbsform entspricht die Verlustform der Dereliktion. Von ihr kann hier nur soweit die Rede sein, als sie die Sachbemächtigung erhellt. Auch die Dereliktion wirkt sofort und es ist ihr Gegenstand demnächst[3]) für Sachbemächtigung tauglich: Ulpian l. 1 pro der. 41, 7. Das preußische Landrecht (1, 9 §. 14), die Regel anerkennend, erklärt (§. 15 ebend.) das Recht, unbewegliche verlassene Sachen in Besitz zu nehmen, zum Staatsvorbehalt.

---

1) Ein Irrthum Cizero's bleibt möglich: arg. Gell. 6, 12.

2) Aber finis u. s. w. sind Substantive, post ist Partikel. Eliminare ist nicht ein bloß verlängertes Zeitwort aus ex. Hase jus postl. §. 2. Ist der zweimalige Akkusativ „postliminium recipi, reverti“ bei Festus und Paulus Diakonus ächt — während freilich Aelius Gallus selbst anderswo den Ablativ hat: so wäre post und lim. zu trennen, und lim. = limen, post aber zunächst lokal. Vergleiche in licium populum vocare und Hase S. 14.

3) Okkupation einer Eigenthumssache wirkt, im Falle der Eigenthümer späterhin derelinquirt, bei fortdauerndem Besitze des Okkupanten dessen Eigenthum von selbst, aber ohne Rückziehung. Leyser spec. 448, med. 2.

Nach römischem Recht kann also der Derelinquent auch keiner Noxalklage aus dieser Sache unterliegen: Julian l. 38, 1 nox. aa. 9, 4. Javolen in l. 36 stip. serv. 45, 3 unterscheidet in feiner Weise derelinquirte von erbschaftlichen Sachen.

Interessant ist die Art und Weise, wie die Römer für den Anbau und gegen das Verlassen dürftiger Grundstücke sorgten. So mußten Testamentserben auch für weniger einträgliche Grundstücke die fiskalische Last anerkennen, oder der Erbschaft überhaupt entsagen: c. 17 Th. annona et tributis 11, 1 gleich c. 4 omni agro des. 11, 58 (Valens, Valentinian., Gratian. ad Crescentem Vic. Afr. an. 371). Wer einträgliche Staatsländereien besaß, mußte, um auf den Durchschnitt zu kommen (permixtione facta; peraequationis sive superaequationis jus), auch verlassene (wüste) übernehmen. Eine Dereliktion der letztren befreite also jedenfalls auch nicht zum Theile von der Grundsteuerlast. Letztre mit den erstren dagegen konnte der Kuriale an Kollegen beliebig veräußern. Auch für das wüste Land mußte die Gemeinde ja die Steuer aufbringen: c. 5 Just. ib. Val. Grat. ad Anthemium P. P. Es war „lex vetus", daß ein Erbzinsmann des Staates oder der Kirche sich einen weniger nützlichen Acker beifügen lassen mußte. Wollte er nicht, so suchte man einen Andern, der die Leistung übernähme; ließ sich Niemand dazu herbei, so kehrte man zu den alten Besitzern, nämlich in erster Linie den Dekurionen, zurück und ließ sie reale Sicherheit stellen: c. 4 Th. loc. fund. j. emph. 10, 3 gleich c. 6 Just. tit. cit.: Grat. Val. Theod. Nebridio com. r. priv. Hatte aber ein solcher Erbzinsmann das Zusatzgut, für welches er natürlich keinen Zins zahlte, verbessert, so durfte man es ihm nicht wieder entziehen, auch nicht indirekt, indem man ihn etwa mit neuen uneinträglichen Zusätzen gequält hätte: c. 2 loc. praed. civ. v. fisc. s. templ. s. r. priv. v. dom. 11, 70 (vermuthlich ursprünglich ein Gesetz mit c. 6 s. c.).

Wer ein bankerottes (defectus, d. i. vom Erbzinsmann verlassen u. s. w., fundus patrimonialis) Krongut auf's Neue ausstattete, d. h. sein Geld hineinsteckte (exercere, ausrüsten), und fruchtbar und solvent (idoneus, einträglich) machte, sollte, unter Vorbehalt des Kronzinses (patrimonialis canon), ewig darüber privatberechtigt bleiben in dem materiell vollkommenen Maaße wie einer privat-

berechtigt ist über sein Familienerbgut; nicht nur Genuß, selbst freie Vererbung seines Rechts sollte ihm zustehen: Val. Theod. Arc. Cynegio P. P. ann. 386: c. 7 omni agro des. 11, 58 (geschöpft aus c. 30 Th. 5, 13 ed. Haenel). Aber auch er durfte keineswegs den fruchtbareren Gutstheil also besetzen, den weniger ergiebigen unbesetzt und öde lassen; widrigenfalls auch er Andren, Besseren (opimioribus; vgl. die Bedeutung des geläufigen Superlativs „optimus") zu weichen hatte: c. 9 Just. tit. cit. (c. 34 Th. 5, 13 ed. Haenel): Theod. Arc. Hon. Rufino P. P. 394.

Am Allgemeinsten redet in dieser Richtung c. 10 ib. (c. 8 Th. censitor. 13, 11: Arc. Hon. Eutychiano P. P. 398):

„Leute, welche „per potentiam" fette und fruchtbare Grundstücke okkupirt haben, sollen neben denselben, gewinn- und ertragreichen, auch unfruchtbares Land „ex eadem substantia" von verhältnißmäßigem Flächenraum mitübernehmen".

Der Theodosianische Kodex liest „per impotentiam". Impotentia kann heißen Unfähigkeit der Selbstbeherrschung, Zügellosigkeit, davon Uebermacht; die andre und zwar ursprünglichere Bedeutung ist: Unvermögen, Ohnmacht, Armuth, und könnte man dieß a priori auf den bisherigen (verlassenden) Besitzer beziehen. Jedenfalls darf das justinianeische „potentia" grade als das rechtliche Gegentheil jener letztren Bedeutung verstanden werden, damit das Gesetz die in den obigen Stellen niedergelegten Grundsätze bekräftige.

„Ex eadem substantia" fehlt im Theodosianischen Kaiserrecht. Es bedeuten diese Worte „aus der nämlichen territorialen Gemeinde", für deren an den Staat zu entrichtende Grundsteuersumme die städtische Kurie einstand; der Staat war demnach im Vortheil, wenn er diese Kurie über dem Wasser hielt.[1]) Diesen Sinn lehrt die bei Justinian weggelassene äußere Veranlassung des Gesetzes, der Schluß der Originalkonstitution. Nämlich der Gemeinderath von Hieropolis hatte gegen Okkupanten Klage erhoben, nicht aus der Okkupation, sondern aus der Weigerung derselben, Oedeland mitzuübernehmen.

---

1) Unpraktisch, mit den Dekurionen. v. Rohr, Forts. des Haushaltungsrechts (1734) B. 3. Cap. 3 vom Recht der wüsten Güter in Sachsen §. 5.

Es gab Grundstücke, auf welchen die drückende navalis functio (Schiffsbaulast), oder die bei Justinian veraltete praestatio glebae senatoriae ruhte. Wurden solche Grundstücke zu andern geschlagen, welche insofern unbelastet waren, und verstand der Besitzer dieses Hauptgutes sie größren Theiles aufzubessern, so sollten sie als reine Accessorien zu der bessern rechtlichen Stellung des Hauptgutes emporsteigen: c. 13 (19 bei Hänel) Th. senatorr. 6, 2 = c. 15 omni agro des. 11, 58: Hon. Theod. Sebastio com. primi ord. ann. 417. Ein andrer Theil des nämlichen Originalgesetzes ist offenbar die c. 15 Th. censitor. 13, 10, welche zunächst die competitionis obreptio aufhebt, deren übrigen Inhalt aber die c. 7 cens. et censitor. et peraequator. et inspector. 11, 57 aufgenommen hat. Hiernach soll der „Besitz" demjenigen fest verbleiben, welchem ihn der Peräquator erweislich einmal zugewiesen hat. Die alten Rückstände braucht dieser neue Eigenthümer dem Fiskus nicht zu zahlen. Hypothekarischen und rein persönlichen Drittansprüchen auf den verlassen gewesenen Grundbesitz wird, von jener „addictio" an zu rechnen, eine legale Präklusivanmeldungsfrist von sechs („zwei" im Theod. Kodex) Monaten gewährt. Ueber jene Ansprüche findet das ordentliche Gericht statt, und kann, nach Ausfall der Sache, der Besitz dem Kläger überantwortet werden müssen.

Das Hauptresultat ist also folgendes: Wer nur immer verlassenes Land einzunehmen verlangte, dem wurde zur Feststellung seiner Grundsteuerlast Unangebautes und Dürres mit Angebautem und Fettem „kompensirt" (d. i.: peräquirt): Theod. Arc. Hon. Rufino P. P. 393: c. 4 cens. 11, 57. Die Originalkonstitution (c. 3 Th. ib. 13, 11) lehrt, daß Steuerermäßigungen nur durch den „Inspektor" bewilligt werden konnten, der zu diesem Ende den gesammten Vermögensbestand der Pflichtigen zu prüfen befugt und zu dieser Prüfung zuzulassen war. Die Ermäßigung war dann vorzüglich am Platze, wenn der Pflichtige unverhältnißmäßig zu viel Oedeland hatte; das Mittel der Abhülfe bestand nicht in einer Verringerung des Staatseinkommens, sondern in besserer Ausgleichung der Ländereien; also Andre mußten dem Ueberschwerten einen Theil seines Oedelandes abnehmen.

Zweiter Titel.

Von der Schatzfindung (The(n)sauri inventio.)

§. 1. Paulus im 31. Buche seines Ediktskommentars — l. 31, 1 a. r. d. 41, 1 — bestimmt den Begriff des Schatzes also: „Ein Schatz ist eine alte Deposition von Vermögen, unvordenklicher Herkunft, so daß dasselbe (praktisch) „keinen" (nämlich: erweislichen) „Eigenthümer mehr hat:[1]) so nämlich wird des Finders,[2]) was nicht eines Andern ist".

Das „Alter" der Deposition läßt sich nicht scharf bestimmen, ist also kein ächtes Rechtserforderniß. Ebenso verhält es sich mit der „Deposition", die durchaus nicht mit „Depositum" verwechselt werden darf; nicht braucht erweislich zu sein, daß Jemand hinterlegt habe.[3]) „Vermögen", pecunia, sind geldwerthe körperliche Sachen. „Unvordenklicher Herkunft", „cujus non extat memoria": „cujus" geht auf die Deposition, ist aber auf das Vermögen mitschlüssig; die Münzen, bei Geldschätzen, können kourant und bekannt sein; „vetus" bewährt sich durch diesen Nebensatz als unbestimmbar nach Zeitdauer; der Sinn des Nebensatzes liegt im Folgenden:

---

1) Cassiodor. var. 6, 8 t. 1 p. 101: Depositivae pecuniae, quae longa vetustate competentes dominos amiserunt.

2) Ein Schatz kann in Bruchstücken zu verschiedenen Zeiten und von verschiedenen Leuten gefunden werden: die Einheitlichkeit der Depositton bewirkt nicht eine Untheilbarkeit des Fundes. Siehe den Rechtsfall bei Kind quaest. for. II, ed. 2, (1807) Kap. 82: An mercenario thesaurus ab eo inventus secundum usum fori Saxonici pro parte dimidia cedat, ac quando thesaurus adquisitus dicatur? Knecht und Magd weiden das Vieh. Ein Thier kratzt die Erde auf; ein Schatz tritt zu Tage und wird von Jenen unter sich getheilt. Die Frau des Herrn nimmt ihnen Alles und giebt Jedem einen Gulden Fundlohn. Der Herr läßt durch Dritte weitergraben und findet mehr. Der Hausvater der Magd klagt auf das Viertheil auch des späteren Fundes. Letzteres mit Unrecht, wie der oberste Gerichtshof für Sachsen i. J. 1797 richtig entschied.

3) Ja sogar, ist der Deponent nachweislich (Vermuthungsbeweis genügt: O. A. G. Stuttgart 1847 bei Seuffert 4, 9), und er oder seine Erben klagen: so kann von ächtem Schatz keine Rede mehr sein.

der Eigenthümer (Deponent) ist unerweislich und unvordenklich, also können auch dessen Erben nicht klagend auftreten, denn der Beweis des Eigenthums liegt dem Vindikanten ob.[1]) Daraus folgt nun keineswegs Eigenthum des Finders; nicht ist derjenige nothwendig Eigenthümer, gegen welchen als den Besitzer die Eigenthumsklage nicht zusteht; überdieß ist das thatsächlich Unbeweisbare immerhin noch ein rechtlich Zuständiges. Aber die positive Rechtssatzung erklärt den Finder zum Eigenthümer, und jedenfalls Paulus gründet dieß auf eine praktische Herrenlosigkeit der Sache. Demnach ist der Schatzfinder kein Okkupant, aber Eigenthum erwirbt er nach Analogie des Okkupanten.

§. 2. Hieran knüpft sich die Frage, ob der Finder des Eigenthumswillens bedürfe. Denken wir, der Finder glaubt, es sei der Eigenthümer noch zu ermitteln (thatsächlicher Irrthum), oder er weiß Nichts vom Fundrechte (Rechtsunwissenheit). Dieß schadet nicht; ein Quellenzeugniß ist freilich nicht beizubringen. Der Eigenthumswille als eventueller koexistirt in jenen Fällen dennoch: wäre der Irrthum nicht da, so würde der Eigenthumswille in erster Linie vorhanden sein; der Irrthum besteht nur in dem Nichtwissen oder Falschwissen objektiver Thatsachen. Der Finder mag noch so lange hoffen, der Eigenthümer werde sich erweisen: für den entgegengesetzten Fall, den er doch immer als einen möglichen denken muß, schließt dieß seinen Eigenthumswillen, als einen von Anfang vorhandenen, nicht aus. Weiß er Nichts vom Fundrechte, „bringt den Schatz zum

---

1) Hiergegen hatte der schlechte lateinische Uebersetzer guter griechischer Lustspiele gesündigt, welchen Terenz in der Vorrede zum Verschnittenen Vers 9 ff. geißelt. Aber auch die geläufigere Ansicht der deutschen Reichsjurisprudenz ging dahin, wer die „Schatzeigenschaft" des Fundes behaupte, habe dieselbe zu beweisen. Also auch, falls er besaß!? Jener Beweis sollte durch Immorialverjährung geführt werden („vetustas"!?), wobei für Geldschätze besonders das Alter der Prägung entschied. Vgl. den Marburger Fakultätsspruch v. J. 1739 bei v. Cramer wetzlar. Nebenstunden 52 Nr. 6 S. 63—79. So machte man die angeblich in der legalen Schatznatur begründete Vermuthung, daß das Schatzgeld neuern Gepräges im Zweifel als vom Gutsverkäufer oder dessen Erblasser herstammend zu gelten habe. Carpzov jurispr. for. 2, 53, 10.

Schulzen" — Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I (1853) S. 148 —, so verzichtet er dadurch sicher nicht auf ein Recht, auf welches er als Unwissender nicht verzichten kann. Der Schulz oder ein Dritter kann nicht okkupiren, denn die Sachen sind nicht wirklich herrenlos und Jene sind nicht Schatzfinder. Dem Schulzen ist es Pflicht, den Finder über sein Recht zu belehren, und nun erklärt der Finder immer noch rechtzeitig, für diesen Fall würde er von Anfang an den Eigenthumswillen gehabt haben. Dasselbe nehmen wir an, wäre selbst vorher der Besitz bereits an einen Dritten gelangt. Der Irrthum ist hier unschädlich, weil plus in re war als in existimatione mentis. Am Wenigsten eignen sich diese Beispiele dazu, die Analogie der Okkupation für Schatzfindung zu verwerfen; denn auch bei wirklich herrenlosen Sachen sind die nämlichen Fälle möglich und gradeso zu entscheiden; auch bei wirklich herrenlosen Sachen reden die Quellen, wie wir oben sahen, vom Fundrechte.

§. 3. Weil der Schatzbegriff die Unnachweisbarkeit des Dritteigenthums voraussetzt, so ist die Frage, ob Ersitzung des Finders hinzutreten müsse, eine praktisch gleichgültige. Theoretisch scheint Ersitzung unmöglich, weil man dem Schatze ansieht, daß er Dritteigenthum sei, also böser Glaube vorliegt. Gleichwohl wird, seitdem die Ratio der Okkupation das Eigenthum des Schatzfinders zur positiven Satzung erhob, auch eine Ersitzungslage desjenigen zu datiren sein, der den eignen Fund für unnachweisbares Dritteigenthum irrig hält. Dieser Glauben an die Unnachweisbarkeit, erzeugt und gerechtfertigt durch die Umstände des Fundes und die Beschaffenheit des Gefundenen, bedeutet nämlich nun den „guten Glauben", „Titel" ist die Schatzfindung selbst als Eigenthumserwerbsform.

Kann aber Jemand nachweisen, daß er oder sein unmittelbarer oder auch einer seiner mittelbaren Erblasser aus beliebigem Beweggrunde, übrigens ohne Dereliktion, den „Schatz" (l. 22 pr. fam. erc. 10, 2. l. 44 pr. a. p. 41, 2. „Thesaurus" im rein natürlichen und buchstäblichen Sinne gleich „depositio" ohne Rücksicht auf das juristische „memoriam non extare") vergraben, oder auch, also ohne alle Beweggründe, verloren oder vergessen habe (l. 67 r.

v. 6, 1),[1]) so zessirt das Schatzfindungsrecht, ja nach Umständen kann der „Finder" selbst als Dieb gelten.[2])

Das Recht des Finders trübten in der Kaiserzeit Delationen an den Fiskus und erhobener Anspruch des Grundherrn. Erstre bringt zum Schweigen, letztre regelt auf ein Viertheil, unter Einschärfung des Verbotes: anderswo als in eigenem Boden nach Schätzen zu suchen, ein Gesetz von Gratian, Valentinian und Theodos vom Jahre 380, addressirt an den populus urbis Constantinopolitanae, und in das vorjustinianeische Kaiserrecht aufgenommen als c. 2 Th. thes. 10, 18. Doch scheinen dadurch weder jene Delationen dauernd zum Schweigen gebracht, noch die Grundeigenthümer befriedigt worden zu sein. Nicht einmal das Viertheil mochte Letztren gesichert scheinen, da, zehn Jahre später, ein Gesetz von Valentinian, Theodos und Arkadius (c. 3 Th. ib.) den gemäß dem göttlichen Rathschlusse („suadente numine") oder (eine andre Auffassung!) durch glücklichen Zufall („ducente fortuna") Findenden furchtlos des Fundes zu genießen erlaubt. Zwar beschränkt sich die Stelle dem Sinne nach gewiß auf den nach den ältren Gesetzen dem Finder überhaupt zufallenden Antheil: aber ihr allgemeiner Ausdruck, die Nichtbeschränkung auf Fund seitens des Grundherrn, die Nichterwähnung irgend welchen grundherrlichen Antheils, diese vereinten Umstände mochten Mißdeutungen zum Schaden der Grundherren begünstigen.

Nicht alle Kaiser dachten oder handelten so uneigennützig; noch weniger kann man dieß von den Beamten erwarten, welchen die Durchführung jener milden Gesetze praktisch oblag und anheimfiel. Die persönliche Sicherheit gegenüber der Habgier dieser Höhern bewirkte einen moralischen Zwang, wonach der, selbst auf eignem Boden, Suchende vorerst bei der Obrigkeit, ja beim Kaiser anfrug. Um so mehr zwang sie ihn, später, nach dem Funde, der

---

1) Ad exhib. a., auf Gestattung von Nachgrabungen gegen Realkaution, leichterer Beweislast: O. A. G. Dresden 1849 bei Seuffert 4, 10. 11.

2) Deutsche Rechtsquellen bestimmen hier, ebenfalls nach Umständen, einen Fundlohn, z. B. das sächs. L. R. einen solchen im Betrage eines Drittheils. Vgl. Haubold opusc. acad. p. 57. Das deutsche Recht verlangt stets gerichtliche Anzeige. Das Gericht ladet den unbekannten Eigenthümer edictaliter und fristmäßig vor.

kaiserlichen Erlaubniß, daß er das Gefundene behalten dürfe, sich zu versichern. Mancher benutzte diesen traurigen Zustand der juristischen Praxis dazu, ein Privileg nachzusuchen, daß er auf fremdem Boden suchen dürfe. Die Gier von oben erweckte die Gier von unten. Zauberkunst wurde gelehrt, Schätze zu bestimmen, zu finden, zu heben. Den christlichen Kaisern sind das natürlich Teufelskünste, und jeder „dadurch bewirkte" Fund galt als verwirkt. D. h. in nüchterner Rechtssprache: jeder Fund, welchem die Anwendung solcher scelerata ac punienda sacrificia, oder einer sonstigen den Gesetzen verhaßten Kunst vorausgegangen war. Dahin gehören [1]) noch nach dem preuß. L. R. 1, 9 §. 86 vermeintliche Zaubermittel, durch Geisterbannen, Citiren der Verstorbenen, oder andre dergleichen Gaukeleien, es sei aus Betrug oder Aberglauben. Nach §. 87 verfällt dem Verwirkungsgesetze auch wer bei dem Schatzsuchen solchen Polizeigesetzen entgegen handelt, die zur Verhütung von Feuersbrünsten oder andren gemeinen Beschädigungen gegeben sind (ars legibus odiosa). — Die römische Gesetzgebung richtete sich gegen die vermeintliche Schatzfindungswissenschaft mit aller Strenge. Vgl. Cod. 9, 18 de maleficiis et mathematicis et ceteris similibus. Ferner collatio ll. Rom. et Mosaic. 15, 2 (Ulp. 7. off. proc. sub. tit. de math. et vaticinatoribus) §. 1: Verboten ist die listige Betrügerei und hartnäckige Ueberredungsweise der Mathematiker. Und zwar ist dieses Verbot ein altes. So ist ein Senatsschluß aus dem Konsulate von Pomponius und Rufus, 17 nach Christo, vorhanden, wonach die Mathematiker, Chaldäer, Wahrsager [(h)arioli] und wer sonst ein ähnliches Gewerbe treibt, geächtet, all ihr Vermögen eingezogen, insbesondre auch auf Ausländer geachtet werden solle, ob dieselben solche Künste lehrten.

Zu den artes legibus odiosae würde gemeinrechtlich beispielsweise auch der Vorwand gehören, im fremden Boden ein Bergwerk anlegen zu wollen.

Schätze wurden von jeher als Geschenke oder Wohlthaten des Zufalls (fors), der Göttin des Zufalls (Fortuna), also der Glücks-

1) Dagegen der Gebrauch der Wünschelruthe wurde gemeiniglich für ein, natürlich ganz unnützes, aber auch ganz unschuldiges Mittel gehalten. Man hat behauptet, die Wünschelruthe werde von dem unterirdischen Metall angezogen!?

Vgl. oben: durch positivrechtlichen [1]) Zuwachs; und preuß. L. R. 1, 9 §. 102, wonach der auf fremdem Boden Findende seine Eigenthumshälfte verliert falls er den Fund nicht rechtzeitig der Obrigkeit anzeigt. — Vgl. die Ausdrücke, mit welchen die folgenden Paragraphen der l. 63 cit. den Erwerb des Finders bezeichnen. Besonders §. 2 lehrt, daß die Bruchtheile sofort durch den Fund juristisch existiren: an aliquid ex parte ferat alter socius. Pars, quae soli domino (wie die andre pars inventori: §. 1) semper cedit. — Die entgegengesetzte Meinung neuerer Rechtsgelehrter (z. B. noch Böcking's §. 150 Note 35) spricht dem Finder das Alleineigenthum zu, dem Grundherrn nur ein Forderungsrecht auf die Hälfte. Aber, eine Obligation zu vermuthen, verstößt gegen bekannte Rechtsgrundsätze. Zudem legt l. 3, 10 j. fisci 49, 14 den Divi fratres die Verordnung in den Mund, ut fisco (als Grundherrn) dimidia pars (ex thesauris) vindicaretur. Unbestimmter freilich redet Spartian von Hadrian Kap. 18: De thesauris ita cavit, ut, si quis in suo reperisset, ipse potiretur: si quis in alieno, dimidium domino daret (aber Spartian ist nicht Jurist): si quis in publico, cum fisco aequaliter partiretur (Miteigenthum).

Jener Irrthum steht bei Manchen in Verbindung mit dem andern, daß das bloße Finden noch nicht zum Eigenthümer des Schatzes mache. Davon werden wir noch zu reden haben.

Eine Anzeigepflicht hat der Finder [2]) nur falls der Fiskus Ansprüche hat: dann also liegt zugleich eine Obligation vor.

§. 4. „Solche Depositionen in Mobilien", sagt Böcking §. 150 Note 31, „fallen nicht unter den Begriff des Thesaurus". Der einzige innere Grund, welchen er anzudeuten scheint, ist der, daß keine Dereliktion vorausging; dieß ist aber grade Vor-

---

1) Nicht: natürlichen. Nicht also wird der Nutznießer des Grundstücks Nutznießer des Schatzes. Carpzov jurispr. for. 2, 53, 6.

2) Partikularrechtlich, z. B. nach österr. G. B. §. 398, allgemein. §. 399 ebend. zieht aber auch ein Drittheil zum Staatsvermögen. §. 400: Wer sich beim Schatz-Suchen und -Finden einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht; wer ohne Wissen und Willen des Eigenthümers den Schatz aufgesucht; oder den Fund verheimlicht hat: dessen Antheil soll dem Angeber, subsidiär dem Staate zufallen.

aussetzung für den Schatzbegriff. Auch ist das Schatzrecht kein Ausnahmsrecht, es beruht ja auf der Ratio des Okkupationsrechtes. Als äußere Belege führt Böcking an:

1) die l. 44 pr. a. p. 41, 2. Dieses Gesetz scheint allerdings zu beweisen, daß der Grundbesitzer, was er in seinem Boden, z. B. der gesicherten Verwahrung halber, vergrub, erst dann zu besitzen aufhört, wenn ein Dritter es hob, d. h. über die Erde brachte, um es selbst zu besitzen. Es leuchtet ein, daß auf ächten Schatz dieß schon darum nicht bezogen werden kann, weil ihn der Grundbesitzer wegen mangelnden Besitzwillens gar nicht besitzt. Darum steht auch die Stelle dem Erwerbe desjenigen Schatzfinders nicht im Wege, welcher den Fund im fremden Boden brevi manu als sein Depositum nun ruhig auf der Stelle läßt. Sicher besitze ich meine Sache fort, sie in fremdem Boden verwahrend. Finde ich eine wirklich herrenlose Sache in fremdem Boden, so ist das Heben als Okkupationserforderniß unnachweislich; für das analoge Schatzfundrecht fordern wir daher befugter Maaßen von unsern Gegnern strengen Beweis. Freilich heißt es bei Paulus in l. 3, 3 a. p. 41, 2: nec alias (dominum soli) qui scit (thesaurum in fundo suo positum esse) possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra. Aber die verworfene Meinung der Gegner lautete: Si sciat: continuo eum possidere, simul atque possidendi affectum habuerit, quia quod desit naturali possessioni, id animus impleat. Also ist das „loco movere“ nur ein praktisches Beispiel der körperlichen Besitznahme. Ein andres Beispiel wäre das Liegenlassen des angeeigneten Schatzes: nur der Beweis der Aneignung ist hier schwieriger. — Endlich ist es zweifelhaft, ob in der angeführten Stelle ein ächter Schatz gemeint ist, da daselbst nur die Besitzfrage ventilirt wird; deponirte ich in deinem Grundstücke, so besitzest du nicht statt meiner wie du ausgrubst und wieder zudecktest, trotz deines Besitzwillens; sondern, bei unveränderter örtlicher Lage, bleibt mein Gewahrsam gleichwie mein Besitzbewußtsein; ähnlich wie wenn Jemand meinen Schrank öffnet und im Inventar herumstöbert ohne Etwas wegzunehmen (herauszunehmen). — Ganz unbestimmt ist die Ausdrucksweise in l. 4, 6 peculatus 48, 13 „thesaurum (inventum) tollere“.

Wie nun eine Stelle, deren species facti unterirdisch vergrabenes Geld voraussetzt, gegen die Möglichkeit von Schätzen in Beweglichem beweisen könnte, ist mir ganz unverständlich.

2) die l. 67 r. v. 6, 1, welche indeß nur von Geld redet, welches bei Ausbesserung eines Hauses, also offenbar in den innern Böden und Mauern gefunden ist; mithin von Schatz in Unbeweglichem; und welche unterscheidet, ob das Gefundene ächter Schatz war oder pecunia forte perdita vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, denn letztrenfalls nihilominus ejus eam esse cujus fuerat. Auch diese Stelle redet von einem konkreten Falle, und schließt auch indirekt die Möglichkeit ächten Schatzes in Beweglichem nicht aus, von dem kein Quellenbeispiel redet, der aber auch nicht durch Quellenstellen zu widerlegen ist. Aber, wird man einwenden, die grammatische[1]) Bedeutung von thesaurus darf nicht überschritten werden. Wohl! Indeß handelt es sich hier um Ausfüllung einer Lücke im Recht. Schätze fand man in Kleider eingenäht, die man vom Alttrödler kaufte. Ein höchst kostbarer Diamant ward in einer Rosinensendung aus dem Orient entdeckt. Eigenthümer können sich nicht ausweisen. Unsre Gegner müssen solchen Fund praktisch für ewig eigenthümerlos erachten, denn Ersitzung erfordert guten Glauben, und der spätere Erwerber kann die res furtiva nicht ersitzen; bösgläubige Veräußerung fremder Mobilien ist aber furtum. — Ob zwar die Hälfte des Grundherrn analog anzuwenden sei, ist eine schwierigere Frage. Dennoch bejahe ich sie ohne Anstand, da das Schatzrecht das nächstliegende ist, und die Billigkeit, welche stets die oberste ratio juris bleibt, der Theilung das Wort redet.

So kann denn der Schatz, nach unsrem Dafürhalten, selbst vollkommen frei zu Tage liegen, und adoptiren wir für die gemeine Praxis die im preuß. L.-R. 1, 9 §. 74 (vergl. §. 79 das.) angegebene Begriffsbestimmung von Schatz.

§. 5. Ist der Boden im Eigenthume der Götter, so ist er nach menschlichem Rechte herrenlos, also konnte dann von grund-

1) Auxiliumque viae veteres tellure reclusit Thesaurus, ignotum argenti pondus et auri. — *Κειμήλια* (*κεῖσθαι*, liegen): Homer, Iliade. Dazu der Scholiast: = *ἀργὰ καὶ ἀπόθετα χρήματα* = opes abditae et reconditae: Fornerius ad Cassiodorum in var. 6, 8. I p. 101.

herrlichem Antheile keine Rede sein. (Hadrian) §. 39 J. n. d. 2, 1. Nur das Schatzsuchen wäre hier Frevel und kann kein Fundrecht begründen, denn die Stätte steht außerhalb menschlicher Gebrauchszwecke. Was aber aus also gesuchtem Funde werde, theilen die Quellen nicht mit; das Nächstliegende ist Konfiskation, wie bei der gleichfalls frevelhaften Anwendung von Zauberkünsten.

Ist scheinbar ein Mensch, wirklich ein Schatz begraben, so ist die Stätte nicht den unterirdischen Göttern eigen. Ist mit dem Menschen ein Schatz begraben, so ist zwar die Stätte mit dem Todten, nicht aber der Schatz ihnen eigen: l. 4, 6 peculatus 48, 13. Uebrigens war es von Alters her bis in die neueste Zeit verboten, Geld oder Geldeswerth mit den Todten zu begraben. Das Verbot findet sich noch in den Basiliken.

Wegen dieser loca religiosa jedoch scheint Hadrian mit Mark Aurel und Verus in Widerspruch zu stehen. Die Sanktion der Letztren ist die jüngere. Aber — und dieß sei gegen Langerow S. 642 bemerkt — beide Gesetze stehen im Korpus Juris (§. 39 J. eit. l. 3, 10 j. fisci 49, 14). In beiden Stellen werden die betreffenden Verfügungen geschichtlich mitgetheilt, in beiden gleichwohl werden als aus gültig fortdauernden Gesetzen Folgerungen gezogen. Die Pandektenstelle bestimmt sich nicht selbst als Ausnahmsbestimmung oder Neuerung; ja, ganz beiläufig fließt die scheinbare Antinomie ein, in der Hauptsache wiederholen die kaiserlichen Brüder den grundherrlichen Anspruch, zunächst von Fiskus und Kaiser, aus der Hadrianischen Verordnung. Alles dieß redet wieder gegen den Schein von Antinomie. Hadrian spricht von sacra und religiosa loca, die Brüder nur von den letztren. Ein innerer Grund für ungleiche Behandlung beider Stätten ist unerfindlich; nur zufälliger Fund, ohne Tempelraub oder Leichenfrevel, wird vorausgesetzt in beiden Stellen; die Grabstätten durften besucht werden wie die Tempel. L. 3, 10 setzt neben „locis religiosis“ „aut in monumentis“, und zwar grammatisch so, daß ein, überdieß für Gesetzessprache unbündiges, ἐν δὲ τοῖν, oder eine bloße Paraphrase, unmöglich darunter verstanden werden kann. Wir stellen nun einen Vereinigungsversuch auf, bei welchem wir davon ausgehen, daß die Brüder „loca religiosa“ in andrem Sinne nehmen als Hadrian; dem Letztren vindiziren wir

dabei die technische Bedeutung. Mark Aurel war ja kein neuerungssüchtiger und nach Willkühr das Recht modelnder Herrscher.

Hadrian also schrieb Dreierlei vor:

1) Fundrecht auf eignem Boden schrankenlos —

2) Recht aus zufälligem Funde auf göttlichem Boden schrankenlos —

3) Theilung des auf fremdem Boden zufällig Gefundenen. Anwendung auf öffentlichen (Spartian. cap. 18) und auf kaiserlichen Boden; auf städtischen Boden.

Nun zieht die l. 3, 10 cit. die Anwendung des Hadrianischen Grundherrnrechtes (unter Nr. 3 oben) auf loca fiscalia vel publica religiosave aut monumenta. Alles für den Fiskus. Loca fiscalia sind Schatzkammergüter, publica dagegen die dem freien Bürgergenusse offenstehenden Staatsländerein. So lange die heidnische Staatsreligion dauerte, gehörten auch die den Zwecken dieser Religion dienenden Stätten, insofern sie nicht unmittelbar göttlich waren, dem Staate, während dieselben unter dem Christenthum loca ecclesiastica sind. Ihr Ertrag floß weder der Schatzkammer noch dem gemeinfreien Bürgergenusse zu, sondern dem geistlichen Zweck. Auch errichtete der Staat Denkmäler und entzog also den Ertrag solcher Stätten sowohl dem Schatze als den Bürgern. Aber Grundherr blieb er hier allenthalben. Jene „religiosa“ loca — man bemerke den engen grammatischen Anschluß — stehen den publica näher als den fiscalia; das Umgekehrte findet auf die Denkmäler Anwendung.

Hadrian endlich hatte für Krongüter den Kaiser als Grundherrn gerufen; die kaiserlichen Brüder rufen auch hierfür den Fiskus, der, obwohl ursprünglich die kaiserliche Kasse, ihnen schon mit dem Staatsschatz identisch ist.

Schuldner wird der Schatzfinder nur gegenüber dem Fiskus als Miteigenthümer. Ihm muß er die Anzeige machen und die Hälfte darreichen (deferre); widrigenfalls er, sicher im Falle der Unterschlagung, das Doppelte [1]) schuldet. Die l. 3, 11 j. fisci 49, 14 drückt dieß so aus, er müsse dann „totum cum altero tanto solvere.“ Totum ist kein solidum,

1) Unpraktisch: Menckenius tractatio synopt. Pand. p. 499 vom Jahr 1697.

und werden wir, um keine Singularität aufzustellen, darunter doch nur die grundherrliche Hälfte verstehen, eine Anwendung der Privatstrafe für furtum nec manifestum in der Bestimmung finden, und hieraus eine neue Bestätigung des Zuwachsrechtes entnehmen. Die Delationspflicht erklärt sich durch mora ex re; bösgläubige Besitzer fiskalischer Sachen sind sofort verpflichtet. Letzteres ist bei Sachen von Privatpersonen durchaus nicht der Fall. Dagegen auch bei ihnen ruft „wissentliche Veräußerung fremder Mobilien" den Thatbestand zu furtum hervor. Freilich dem das Ganze veräußernden Bruchtheilherrn ist die Sache durchaus nicht „fremd"; dennoch begeht er das furtum an der ideellen Hälfte des Andern.

Nur kurzes Ansehen genoß Constantin's c. 1 Th. thes. 10, 18 vom Jahre 315. Sie sprach dem Finder dann die Hälfte zu, falls er den, gleichgültig wo, gefundenen Schatz aus freien Stücken dem Fiskus antrug; der Fiskus bekam, stets und mindestens, die andere Hälfte. Einem so ehrlichen Finder sollte auch ohne weitre Nachforschung, wie und ob er nicht in der That etwa mehr gefunden habe, unbedingt Glauben geschenkt werden.

Das ostgothische Königthum (Cassiodor. var. 6, 8 t. 1 p. 101) erklärt Schätze ohne Unterscheidung und Theilung für Regal: inquisitione (comitis rerum privatarum) nostris applicantur aerariis: ut, qui sua cunctos patimur possidere, aliena nobis debeant libenter offerre. Sine damno siquidem inventa perdit, qui propria non amittit. — Das sächsische Landrecht gibt dem Staate Schätze, unter der Erde gefunden tiefer als ein Pflug geht. Daß hier Mineralien, also Schätze die noch nie einen Eigenthümer hatten, gemeint seien, erklärt richtig der Codex Augusteus. Siehe Carpzov jurispr. for. 2, 53, 4. Vgl. den Petrus Heigius qu. j. I, 13 Nr. 54 ff.: Non debemus jura thesaurorum et metallorum confundere. Die gemeine Praxis ist für die Fortdauer des röm. Schatzrechts: Leyser spec. 442 med. 2.

Dritter Titel.

Von der Erzeugung.

§. 1. Von Scheurl in seinen Beiträgen I Nr. 11 hat das Verdienst, diesen Erwerbsgrund in umfassender Anschauung erkannt

zu haben. Was durch Erzeugung entsteht, sagt er, kommt in das Recht Desjenigen, der es erzeugt hat, oder in dessen Recht die Person oder Sache, von der es erzeugt ist, sich befindet. Beispiele sind ihm: die väterliche Gewalt, das Eigenthum über die Thierjungen, die Fruchtlösung, die Erarbeitung (specificatio). In etwa scheint Scheurl's Theorie modifizirt, oder doch schärfer bestimmt werden zu müssen; denn nur wer in eignem Namen erarbeitete erwirbt als Spezifikant; andererseits erwirbt der Vertretene durch den für ihn Erarbeitenden. Aber dieß erklärt sich aus der unmittelbaren Vertretbarkeit bei Eigenthumserwerb überhaupt. Mehr wahres Bedenken erregt der Umstand, daß die Thierjungen der Mutter folgen, daß die Früchte nicht dem Herrn des Samens, vielmehr dem des Bodens folgen. Der genannte Schriftsteller hilft sich auf folgende scharfsinnige Weise: Alle Erzeugung ist Hervorbringung eines noch nicht dagewesenen Gegenstandes, nur freilich immer aus einem gegebenen Stoffe: denn darin eben liegt der Unterschied zwischen Erzeugung und Schöpfung. Diese Hervorbringung ist aber entweder eine freie, nur durch den eigenen Willen bestimmte Thätigkeit, oder eine unfreie von Außen bestimmte. Es ist dieß der Unterschied zunächst zwischen der männlichen und der weiblichen Zeugung, sodann aber auch wieder zwischen der Erzeugung seitens des produzirenden Arbeiters oder Künstlers, und der Fruchterzeugung aus der Sache. — Die Ungleichheit der Vollendungszeitpunkte der männlichen und der weiblichen Zeugung wird gebührend hervorgehoben. Guten Glauben fordert Scheurl vom Erarbeitenden nach Analogie der procreatio ex justis nuptiis; mir erscheinen die Begriffe sehr inkommensurabel. Der beschenkte Ehegatte ist kein bösgläubiger Besitzer, er erwirbt z. B. auch die industriales fructus aus dem Geschenk. Dieß ist sehr auffallend und jedenfalls gegen das Prinzip der „weiblichen Zeugung", da Jener über die Hauptsache kein Recht hatte, auch nicht vermeinen konnte ein solches zu haben. Auf ihn also ist kaum anwendbar, ganz abgesehen von dem Unterschiede der Separation und Perzeption, was Scheurl vom wahren gutgläubigen Besitzer und vom römischen Erbpächter mit richtigem Takte sagt: sie erwerben die Frucht anstatt des Eigenthümers, nicht von demselben.

§. 2. Die ungetrennte Frucht gilt als Theil der fruchttragenden Hauptsache: l. 44 r. v. 6, 1. Auch der ungeborne, selbst der zur Freiheit zu gebärende Mensch ist noch Bestandtheil der Mutter, gehört zu ihren Eingeweiden, und ist also weder Rechtssubjekt, noch Gegenstand einer familienrechtlichen Klage oder eines entsprechenden Interdikts: l. 1, 1 inspic. ventre 25, 4. Nicht aber ist umgekehrt im neuern Recht der geborene Mensch (Sklave) Frucht im Rechtssinne; über die deßfallsige ältre Streitfrage nennt Cizero de fin. 1, 4, 12 den Markus Brutus als Gegner des Publius Skävola und Manius Manilius. Die Frage war aber von der größten wissenschaftlichen und praktischen Bedeutung. So zieht nicht der Nutznießer der Sklavin deren bei ihm geborene Kinder, wie er unter gleichen Voraussetzungen die Thierjungen gewinnt; sondern als gelöster ehemaliger Zuwachs verbleiben jene dem Herrn der Mutter. Denn es schien sinnwidrig, daß ein Mensch als Frucht gelte, da doch die Natur Alles, vornehmlich alle Früchte, nur um des Menschen willen hervorbringt: §. 37 J. r. d. 2, 1 (Gai. II. aur. in l. 28, 1 usur. 22, 1). Dieser Legalgrund ist aber selbst dem Naturrecht, nicht dem positiven Rechte entnommen, denn das letztre erklärt ja grade die Sklaven für vermögensunfähig von Standes wegen.

§. 3. Die gelöste Frucht ist rechtlich eine neue Sache und gehört der Regel nach dem Eigenthümer der gebärenden Hauptsache. Physisch war sie vorexistent, daher für die natürliche Anschauung vielmehr von einer Fortdauer des Eigenthums (Anwendung auf Miteigenthum: l. 25 pr. usur. 22, 1), welches durch die Lösung lediglich ein für sich bestehendes ward, zu reden ist, und somit der Erwerb der gelösten Frucht durch den Eigenthümer der weiblichen (l. 5, 2 r. v. 6, 1) Hauptsache auf Naturrecht beruht: §. 19 I. r. d. 2, 1, d. h. auf jener ratio naturalis, der Quelle des jus gentium: l. 2 a. r. d. 41, 1. Die letztre Stelle erläutert dieß an einem Falle, in welchem das Mutterthier durch Okkupation herrenloser Sache erworben war; die l. 6 ib. an einem andern, in welchem das Mutterthier im Kriege Beute geworden war. Aber die Regel paßt, mag die Mutter wie nur immer zu Eigen erworben worden sein.

Wer der Eigenthümer des Samens gewesen sei, ist für das Fruchteigenthum gleichgültig, denn der Samen geht in der Frucht unter: l. 25 pr. usur. 22, 1. Dieß gilt nicht nur gegenüber dem Grundherrn, sondern auch gegenüber allen an dessen Statt zum Fruchtbezuge Berechtigten: §. 1 ib.

§. 4. Das Fruchtbezugsrecht entsteht zu Gunsten eines Jeden, welchem dasselbe vom Grundherrn eingeräumt ist. Dieses Recht kann ein dingliches sein oder nur ein persönliches; letztrenfalls bewirkt übrigens der Fruchtbezug selbst ebensowohl Eigenthum des Beziehenden. Ein dingliches ist jenes Recht vorzüglich beim Nutznießer, ein persönliches beim Pachter. Der Pachter zieht zwar die Frucht durch den Willen des Grundherrn (l. 61, 8 furt. 47, 2), aber bis dahin hatte er nur ein Forderungsrecht auf Gestattung des Fruchtbezuges: l. 9 pr. loc. 19, 2. Ueber den Nutznießer sagt l. 9 pr. usfr. 7, 1: quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur (Ulpian.). Nam et Celsus scribit, cogi eum posse recte colere. Aber er hat ein Recht über die Hauptsache. Dieses grade macht die in l. 9 cit. angegebene Klausel seiner Genußbefugniß nothwendig. Denn die Substanz seines Rechtes ist der Anspruch auf Fruchtbezug, die Ausübung also der Fruchtbezug selbst: l. 1 pr. quando dies usfr. ced. 7, 3. Dieß läßt sich vom bloßen Pachter nicht sagen. Verhindert also der Grundherr seinen Pachter (l. 24, 4 loc. 19, 2), die Frucht wirklich zu ziehen, so schützt Diesen nur ein Entschädigungsanspruch; dagegen eine gleiche am Nutznießer geübte Verhinderung absolut nichtig und daher, sei es durch Nothwehr, sei es auf dem Rechtswege, wieder zu beseitigen ist. Der Nutznießer zieht allerdings die schon beim Grundherrn reife unbezogene Frucht (l. 27 pr. usfr. 7, 1), dagegen aus demselben Gesichtspunkte fließt, daß diejenige Frucht, welche beim Tode des Nutznießers in der nämlichen Lage ist, dem Gutsherrn zukommt, nicht aber den Erben des Nutznießers. Darin stört uns die entgegengesetzte Entscheidung der l. 8 ann. leg. 33, 1 darum nicht, weil das hier in Rede stehende „annuum legatum“ nur den Ertrag selbst, ohne Recht über die Sache, zum Gegenstande hat. Also verhält sich auch für die Pachtererben die

Sache entgegengesetzt. Denn Pacht beschränkt sich nicht, wie Nießbrauch, auf Lebensdauer.

So paßt nicht Alles („fere omnia"), was §. 36 J. r. d. 2, 1 vom Nutznießer sagt, auf den Pachter.

Beispiele der Bezugsweise für die verschiedenen Fruchtarten giebt l. 13 q. m. usfr. am. 7, 4. Es ist aber der Zeitpunkt des Erwerbs der Frucht durch Dritte aus dem Willen des Grundherrn der der Perzeption. Die Perzeption bedeutet „Aneignungshandlung". Diese Handlung kann man körperlich durch Andre, als Werkzeuge unsres Willens, vollziehen lassen, mit unmittelbarer Wirkung zu unsren Gunsten, und in besondrer Anwendung des gemeinen Grundsatzes über Besitz- und folgeweise Eigenthumserwerb durch Stellvertreter: §. 36 J. cit.

§. 5. Löst ein Unberechtigter die Frucht für sich selbst, so liegt darin ein Diebstahl. Bestohlen ist auch der bloß zum Bezuge Berechtigte. Bestohlen ist er um zukünftiges Eigenthum: dieß ist das die Diebstahlsklage für ihn legitimirende (l. 10 furt. 47, 2) rechtliche Interesse: l. 12, 5 usfr. 7, 1. Ein solches hat auch der Verpachter: l. 82, 1 furt. 47, 2; denn, daß er sich zu Gunsten seines Pachters, und zwar nur obligationsmäßig, des Fruchtbezuges begeben habe, darauf kann sich nur sein Gläubiger, kein Dritter, am Wenigsten ein Dieb, zu seiner Vertheidigung berufen.

Dem Grundherrn steht dieselbe Klage zu, da ihm sogar gegenwärtiges Eigenthum gestohlen ward: l. 26, 1 ib.

Theoretisch einfacher, jedoch praktisch komplizirter, war der ältere Ausweg: Der Pachter klagt aus dem Vertrage, daß der Verpachter die Frucht als sein Eigenthum herausfordere und demnächst dem Kläger zustelle: l. 60, 5 loc. 19, 2. Dieses ältre Recht dauert übrigens zur Auswahl des Pachters fort, und ist ihm dann einzig brauchbar wenn die Frucht bei Dritten sich befände, der Dieb selbst über alle Berge oder im Zustande der Zahlungsunfähigkeit wäre. Auch die condictio furtiva hat der Pachter nicht; sie steht nur dem Eigenthümer zu.

Löste der Unberechtigte die Frucht, so schwebt nicht das Eigenthum, bis entweder der Grundherr oder der Bezugsberechtigte die Aneignungshandlung vornimmt (l. 12, 5 usfr. 7, 1): sondern es ist

und bleibt der Grundherr Fruchteigenthümer, übrigens kann der Bezugsberechtigte die Aneignung immer noch vornehmen.

§. 6. Verkaufte der Bezugsberechtigte die Frucht auf dem Halme, z. B. in l. 61, 8 furt. 47, 2, so wird der Käufer durch den Bezug deren Eigenthümer. Also ist das Bezugsrecht veräußerlich. Man darf beim Bezuge des Käufers ein, freilich zeitloses, Eigenthum des Verkäufers in Mitte denken, obwohl Afrikan a. a. O. dasselbe als eine Wirklichkeit natürlich verwirft.

§. 7. Die Aneignungshandlung wird regelmäßig mit der Lösung gleichzeitig stattfinden, ohne deßhalb mit ihr verwechselt werden zu dürfen. Bisweilen tritt sie äußerlich gar nicht hervor, liegt aber in der Nothwendigkeit der Umstände. Niemand läugnet, daß, sowie das Thier seine Jungen wirft (separatio), dieselben auch Eigenthum jedes Bezugsberechtigten sind: §. 37 J. r. d. 2, 1. Hier also steht der Nutznießer u. s. w. mit denjenigen, welche, wie z. B. der gutgläubige Besitzer, Fruchtherrn schon durch Lösung werden, praktisch auf einer Linie: l. 28 pr. usur. 22, 1. Meist wirft das Vieh im Stalle, also in der Gewahrsam des Bezugsberechtigten. Die Entscheidung ist dann ebenso natürlich, wie der Erwerb des Okkupanten über die Jungen der Wölfin, die in seine Grube fiel und daselbst die Jungen warf. Aber auch von den außerhalb des Stalles geworfenen Jungen gilt das Nämliche, da der Instinkt hier das „matrem sequi", und umgekehrt das Beschützen und Nähren durch die Mutter selbst lehrt. Die Gewahrsam über die Jungen übt die Mutter; da die Jungen als Frucht gelten, so ist sie hierin rechtlich dienendes Werkzeug des Bezugsberechtigten, dessen persönliche Aneignung sie somit ersetzt, wie oben der Stall, die Grube. Denn der Wille des Berechtigten, die Frucht zu ziehen, war bereits vordem vorhanden; das corpus folgte nun nach, und sind dazu keine denkfähigen Stellvertreter erforderlich. Fällt dagegen der Apfel vom Baume, so fehlt jede Gewahrsam; Baum und Apfel haben Nichts mit einander mehr gemein; was auf dem in meiner Detention stehenden Boden liegt, detinire ich nicht, so wenig wie es mein eigen wäre falls ich das Grundeigenthum hätte. Freilich kann Jeder mein Grundstück beschreiten, dagegen mein Stall unter besondrem Verschlusse steht. Obwohl ich Jenen ausweise, obwohl er den Apfel nicht nehmen

darf, so ist doch klar, daß die Ausschließlichkeit des körperlichen Innehabens über den Apfel nicht stattfindet; anders über das in meinen Ställen Befindliche. Dieser Unterschied wird, indem wir nun von den Thierjungen absehen, wichtig für die Aneignung des animalischen Düngers. Er ist separirt, sowie das Vieh ihn wirft; angeeignet wird er durch Zusammenkehren auf den Misthaufen. Wirft das Vieh ihn aber im Stalle, so ist er schon dadurch zugleich angeeignet. Vgl. l. 17, 2 a. e. v. 19, 1. Böcking §. 151 Anm. 9. Andrerseits gehört der Dünger seinem ökonomischen Zwecke nach zum Acker: dieser eignet sich ihn an, perzipirt ihn gleichsam, sowie der Dünger aufgefahren und vertheilt ist. Eine bloße Abkürzung dieses Verfahrens liegt darin, und tritt also das nämliche Zugehören dann ein, wenn das Vieh behufs des Düngens auf den Acker gelassen wird: c. 2 v. s. 6, 38. Darum liegen in solcher Handlung utiles (c. 7 cursu publ. 12, 51) impensae für den Boden selbst: l. 14, 1 impens. in res dot. ff. 25, 1.

§. 8. Dagegen haben erst die Sabinianer, wie es scheint, den Zweifeln ein Ende gemacht, ob die Thierjungen überhaupt zur Frucht zählten, und insbesondre also dem Nutznießer zufielen, l. 68, 1 usfr. 7, 1. Andrerseits muß der Nutznießer die Heerden aus den Jungen vervollständigen. Sowie er dieß thut, fallen die Ergänzungsstücke an den, selbst unwissenden, Herrn der Heerde. Denn dessen Wille ist schon bei Aufstellung des Nießbrauchs eben hierauf gerichtet, und die wirkliche Vornahme der Ergänzung ist der körperliche Bestandtheil dieses Eigenthumserwerbs, der demnach, wie die Perzeption, auf Uebergabe beruht. [1]) Vgl. l. 69 usufr. 7, 1. Denn auch wer gemäß dem vorhergehenden Willen des Eigenthümers Besitz ergreift, erwirbt den Besitz, trotz der jetzigen Abwesenheit des Eigenthümers, mit allen in der Natur der einzelnen Willenseinigung liegenden und damals und jetzt gemeinten Wirkungen. Dieß wird für die vor Justinian wenigst begünstigte, nämlich für die donationis causa bezeugt von Diokletian und Maxi-

1) Gegen die Traditionsnatur des Fruchtbezuges erklärt sich, nach Arndts' Vorgange, Bangerow §. 312. Aber Quilibet volente domino fructus percipit percipiendo suos facit. Die „irrigen Konsequenzen", welche aus unsrer Ansicht folgen sollen, vermag ich nicht abzusehen.

mian in c. 6 don. 8, 54. Freilich bleibt, im Verhältniß zur Fruchtperzeption, der Unterschied, daß die Frucht erst seit der Perzeption selbst, insofern diese regelmäßig und zeitlich mit der Separation zusammenfällt, selbständiger Eigenthumsgegenstand ist und also, wie es scheint, erst späterhin Gegenstand eines auf Eigenthumsübergang auslaufenden Geschäfts sein kann. Dieser Einwand bindet allerdings den körperlichen Bestandtheil solchen Uebergangs, nicht aber den Willen, der selbst etwas Ideales ist.

In deutschen Rechten giebt es auch gesetzliche Perzeptionsfälle; hier ist das Okkupationsprinzip zutreffend. So nach preuß. L. R. 1, 9 §. 289: Duldet der Nachbar die in seinen Boden sich verzweigenden Baumwurzeln oder in seinen Luftraum hinüberhangenden Baumzweige, so darf er diejenigen Früchte sich zueignen, welche der Eigenthümer nicht einsammeln kann ohne den Grund des Nachbarn zu berühren. §. 290: Dergleichen Früchte darf der Nachbar auch nicht mit Werkzeugen herüberlangen oder durch das Herüberbeugen der Aeste an sich ziehen. §. 292: (Gelöste) Früchte des Gränzbaumes, welche durch Windesgewalt über die Gränze getrieben werden, darf der Nachbar sich zueignen. — Eine Parallele dazu bietet das sächs. Weichbildrecht (ed. v. Daniels und v. Gruben 1857) 128 §. 1: Wächst der diesseits wurzelnde Hopfen nach jenseits über den Zaun, so kann der diesseitige Grundherr, diesseits stehend, ihn herüberziehen und so sich sein Eigenthum retten; was dennoch jenseits bleibt, gehört dem Nachbarn. Seine Baumzweige sollen nicht über den Zaun hängen, seinem Nachbarn zu schaden.

Auf Ueberhang [1]) und Ueberfall [2]) paßt demnach das deutsche Rechtssprüchwort: Der den bösen Tropfen genießet, genießet auch den guten. [3]) Die Römer wendeten ihr entsprechendes „cujus

---

1) Theilung des Obstes zwischen den Nachbarn, sie mögen pflücken oder schütteln: Franckenhäuser Statuten v. J. 1558 Art. 40, im 1. Bande von Walch's vermischten Beiträgen zum D. R. 1771.

2) Für die moderne Anwendbarkeit: Runde D. Priv. R. 8. Aufl. 1829. §. 276.

3) Alte Augsburger Stat. v. J. 1276 Art. 283 (bei Walch Bd. 4): Duldet man den Ueberhang, so kann man das Obst nehmen. Aber man braucht ihn nicht zu dulden.

incommodum ejus etiam commodum“ nicht auch auf diesen Fall an.

§. 9. Der gutgläubige [1]) Sachbesitzer, der römische Erbpächter, erwerben [2]) beide die Frucht, sowie sie, gleichviel durch wen, gelöst ist: l. 25, 1 usur. 22, 1. Beide haben aber auch wegen der

---

1) Auch der bösgläubige nach altdeutschem Recht: Platner hist. Entwickl. d. D. Priv. R.'s 2 §. 10. Noch der Sachsenspiegel beläßt dem b. f. possessor auch die extantes fructus: Leyser spec. 99 med. 5.

2) Backe b. f. possessor quemadmodum fructus suos faciat. Ber. 1825. Wangerow §. 326 Anm. 2. — Dagegen v. Savigny Besitz. 6. Aufl. S. 314 ff.: Der b. f. p. erwerbe auch an der gelösten Frucht nur b. f. possessionem. Windscheid in Linde's Z. Schr. N. F. IV (1847), 3. Der letztre Schriftsteller bemüht sich vergeblich zu zeigen, daß der redliche Erbschaftsbesitzer das Eigenthum der Früchte von Erbschaftssachen nicht erwerbe; daß solche Früchte „die Erbschaft vermehren“, steht darum nicht im Wege, weil es über eine Erbschaft kein Eigenthum giebt; daß sie „erbschaftlich“ heißen, gilt in dem Sinne, daß die Erbrechtsklage sie mitumfaßt. Siehe auch Overbeck Meditatt. 3 (N. Aufl. 1792), 130. „Fructus suos facit“ bedeutet nach W.: „für verzehrte Frucht braucht er keinen Ersatz zu leisten“. Aber dazu bedurfte es keiner Berufung auf cultura et cura; es möchte schwer sein, einen Obligationsgrund ausfindig zu machen. W. erfindet eine condictio sine causa gegen denjenigen, welcher in gutem Glauben eine fremde Sache aufgezehrt hat, auf Herausgabe der fortdauernden Bereicherung aus dem fremden Vermögen. Ferner künstelt er aus der naturgemäßen Bestimmung der Früchte, aufgezehrt zu werden, u. dergl. mehr, den Satz heraus: der redliche Besitzer brauche deßhalb für die konsumirten Früchte keinen Ersatz zu geben, weil die Consumption derselben ihn nie bereichere!? „Wer also das Recht hat, die Frucht zu verzehren, hat alles Recht, was an derselben — allerdings nicht stattfindet, aber doch — ausgeübt wird; er kann darüber disponiren — nicht, wie derjenige, welcher alles Recht an ihr hat, darüber disponiren kann, aber doch, — wie er darüber disponirt. Die Erscheinung seines Rechts ist ganz dieselbe, wie die Erscheinung des vollen Rechts. An die Erscheinung aber hält sich die .... Auffassung des gemeinen Lebens. .... So sind die Ausdrücke „.... fructus suos facit“ im Volke entstanden. Aus der Sprache des Volks sind sie dann später in die .... der Juristen übergegangen.“ Ein fein ersonnenes Mährchen! Demnächst verfällt W. in Marezoll's unten nachzuweisende Fehler, daß die extirende Frucht dem redlichen Besitzer auch mit einer unabhängigen Vindikation abgefordert, und daß die beim redlichen Besitzer gelöste Frucht noch ersessen werden könne. Die Vindikation gegen den Dritterwerber der Frucht giebt W., falls dieser keinen Regreß gegen seinen Auktor (den b. f. p.) hat oder doch der Auktor das für die Früchte Empfangene oder dessen Werth noch besitzt. Also ist die Veräußerung der Frucht nicht Konsumption? Wir halten es grade für eine der praktischsten Seiten des Eigenthumserwerbs durch Fruchtlösung, daß der

Hauptsache eine der Eigenthumsklage ähnliche dingliche Klage, oder ficticia rei vindicatio. Bei dem Erstgenannten ist diese Klage die des unvollendet Ersitzenden, also die Publiziana: Gai. 4, 36. Ueber den Letztgenannten siehe l. 1, 1 si ager vect. 6, 3. So umfaßt das sechste Buch der Pandekten in seinen drei Titeln die ächte Eigenthumsklage, die Publiziana, die dingliche Klage des Erbpächters. Erbpächter ist im klassischen Recht der Pachter des Vektigallandes, im neuern Kaiserrecht der Emphyteuta. Im dinglichen Ver-

---

vom b. f. p. die Frucht empfangende Käufer durchaus gesichert ist; grade dieß sichert den b. f. p. vor Regressen. Bei W.'s Deduktionen ist nicht abzusehen, warum er nicht noch lieber gradezu gegen den b. f. p. eine Klage auf den Gelderlös der verkauften Frucht geben will. — W.'s Verständniß des „fructus ejus sunt" ist nicht einmal neu; dasselbe finde ich schon bei Reinhardt, die usucapio, 1832, S. 135 f., nur daß der letztre Schriftsteller insofern bei der Wahrheit bleibt, als er auch die Veräußerung als Konsumption (v. Wernher sel. obs. for. 1, 1 obs. 318. Ed. noviss. 1756. Leyser spec. 99 med. 4: consumtos, tametsi ex illis locupletior factus sit) anerkennt; dasselbe ist vornehmlich ausgesprochen bei Savigny Bes. §. 22 a S. 315 Note 1 der 6. Aufl. 1837 (1. Aufl. 1803), ebenfalls unter richtiger Würdigung der „Konsumption". Nun ist S. aus dem Gesichtspunkte des von der Hauptsache gelösten Theils offenbar zu weit gegangen. Bangerow §. 326 Anm. 1. Früchte sind nicht Theile; ein Grundstück z. B. ist nach der Aernte nicht kleiner wie vorher, die Wegnahme eines Theils vom Ganzen kann nur einen Theil übrig lassen; usus fructus non dominii pars sed servitus est. Die Konsequenz der S.'schen These würde erfordern, daß an den Früchten genau dasselbe Rechtsverhältniß fortdauerte, welches zwischen dem Besitzer und der Hauptsache besteht. Dieß aber ist entbestandner Maaßen verkehrt. So erwirbt der b. f. p. der res furtivae deren Frucht, nach S. mittelst Ersitzung. Durchaus ein Räthsel sind S.'s Worte: „Der .... Emphyteuta erwirbt im Allgemeinen (?), als Pachter (?), das wahre (?) Eigenthum der Früchte durch Tradition (?), aber diese Tradition liegt hier nicht, wie bei jedem andern Pachter, in einer neuen Apprehension, sondern, da er den juristischen Besitz der Hauptsache hat, in der bloßen Absonderung, so wie bei dem b. f. p." Absonderung kann kaum geschehen; man begreift nicht, wie sie dann eine „Tradition" zu bedeuten vermag. Bliebe S. sich konsequent, so müßte er zwischen Separation und Perzeption ein emphyteutisches Recht, kein Eigenthum, des Emphyteuta der Hauptsache über die Frucht annehmen. Endlich erhebt S. auch den antichretischen Faustpfandgläubiger zum Fruchtherrn durch Separation, weil auch er possessio der Hauptsache hat. Jedoch sehe ich nicht ein, wie dieser Grund etwas mehr als Pfandrecht über die Früchte bis zur Perzeption zu erzeugen im Stande sein sollte. Siehe auch Bangerow §. 326 Anm. 2 No. 1.

hältniß trat dadurch keine Veränderung ein, daß Zeno die Natur des obligatorischen Geschäfts — contractus emphyteuticarius — regelte: §. 3 J. loc. 3, 24.

In l. 48 pr. a. r. d. 41, 1 ist der Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers als ein nur interimistischer dargestellt. Gleichwohl läßt sich diese, auch sonst merkwürdige, Stelle mit den übrigen unsre Frage betreffenden Quellenzeugnissen nur dann in Einklang bringen, wenn wir jenes Interimistikum nicht vom formellen Eigenthum verstehen — dieses nämlich bleibt unter allen Umständen aufrecht —, sondern im rein vermögensrechtlichen materiellen Sinne nehmen, so also, daß eventuell jener Erwerber die Frucht dem Grundherrn zu erstatten schuldig werden kann.

Ist diese Auslegung richtig, so kann von einer Ersitzung der gelösten Frucht seitens des gutgläubigen Besitzers der Hauptsache keine Rede sein. Denn weder kann, was unser ist, unser werden; noch vermag Ersitzung von Schuldpflicht zu befreien.

Andrer Meinung ist Marezoll Zeitschr. f. Z.-R. u. Proz. 18, 7. Er beruft sich auf

> Paul. lib. 54 ad ed.: l. 4, 5 u. 41, 3: Fructus, et partus ancillarum, et foetus pecorum, **si defuncti non fuerunt,** usucapi possunt.

Nämlich: ab herede. Die Stelle setzt grade einen Fall voraus, der dem unsrigen nicht gleich ist. Denn die Früchte sollen nicht bereits Eigenthum des Verstorbenen gewesen sein. Nun läugnen wir aber keineswegs, daß nicht jeder Besitzer von Früchten deren Eigenthümer ist, auch nicht jeder Besitzer der Hauptsache die gelösten Früchte erwirbt. Und allerdings kann ein Erbe nach Umständen ersitzen, was seinem Erblasser nicht gehörte, was sein Erblasser gar nicht besaß, was sich aber in der Erbschaft also vorfand, daß der Glaube, es sei erbschaftlich, entstand und entstehen durfte.

Noch weniger beweist die aus demselben Buche des gleichen Werkes von Paulus stammende l. 2 i. f. pro suo 41, 10:

> Est species possessionis, quae vocatur pro suo; hoc enim modo possidemus ... fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est.

Immerhin geben wir eine Ersitzung des in der Erbschaft Gefundenen oder seiner Früchte als möglich zu. Was aber die ganze

Stelle für Marezoll's Zwecke entkräftet, ist der Umstand, daß daselbst nicht von Ersitzung ausdrücklich gehandelt wird, sondern von Besitz, womit also auch ächtes Eigenthum vereinbar ist, ebensogut wie Nichteigenthum und Ersitzungsunfähigkeit.

Die l. 4, 5 s. c. hat gar Manches beweisen müssen. Man zog sie heran sogar zur Bekräftigung der Unterscheidung zwischen Industrie- und Natur-Früchten, von welcher Differenz nachher die Rede sein wird. Wieder Andre verstanden die daselbst allegirte Ersitzung lediglich von der Steigerung bonitarischen Eigenthums zu quiritarischem.

Marezoll bemüht sich ferner, zu zeigen, daß interimistisches Eigenthum durch Ersitzung definitiv werden könne!? [1]) Aber Quellenbelege hat er dazu nicht. Es bleibt Alles Spekulation. Wir lassen lieber die Logik walten. Nach den Regeln der Logik ist interimistisches Eigenthum auch Eigenthum, also außer Stande, sei es sonst irgendwie, sei es durch Ersitzung, Eigenthum erst zu werden. Wenn aber Marezoll gar dem Herrn der Hauptsache eine selbständige Eigenthumsklage auf die jenseits noch nicht ersessene Frucht giebt, so wirft er jenes „interimistische Eigenthum" wieder um, welches er selbst aufstellte. Denn es leuchtet ein, daß dann jeder Besitzer interimistischer Eigenthümer sein müßte, nämlich bis der Eigenthümer gegen ihn klagt. Marezoll zwar versucht sich zu stützen auf l. 43 evict. 21, 2: Die duplae stipulatio verfällt bei Entwährung des Eigenthums oder des Nießbrauchs der Hauptsache. Frucht ist nicht Nießbrauch. Wird also Frucht, die erst beim Käufer selbständig ward, entwährt (also, nach Marezoll, selbständige Eigenthumsklage auf die Frucht), so verfällt die Stipulation nicht. — Aber wir setzen einen bösgläubigen Käufer voraus, der als solcher grade durch jene Stipulation allein einen Regreß gewinnen konnte. Oder, mit Arndts' §. 156 Anm. 3 c) a. E., auch einen gutgläubigen Käufer, der aber vor der Fruchtlösung in conscientiam rei alienae gerieth.

Wo der Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers nur als „interimistischer" erscheint, da ist „Erwerben" nicht = „dominium ac-

1) Schilter, prax. j. R. in foro Germ. ed. 3, 1713, exercitatio ad Pand. 16 §. 54: Revokables Fruchteigenthum bis zur Ersitzung.

quirere", sondern = „lucrari": l. 4, 2 fin. reg. 10, 1. Nämlich es fällt die nichtverzehrte (l. 4, 19 u. 41, 3 vv. si consumpti sint) Frucht in das Verurtheilungsmaaß (c. 22 r. v. 3, 32) auf die Hauptvindikation hin: §. 35 J. r. d. 2, 1. Ebenso nach bekannten Grundsätzen die nach der Litiskonteſtation verzehrte Frucht. Veräußerung iſt rechtlich hier Verzehrung. Veräußerung aus Noth, z. B. damit die Frucht nicht verderbe, muß den Richter bewegen, nicht das Intereſſe, ſondern nur den Baarerlös als Verurtheilungsſurrogat eintreten zu laſſen: l. 15, 1 r. v. 6, 1; es ſei denn, daß, falls der Beklagte bösgläubig beſaß, Kläger durch Selbſtverzehren einen Mehrerlös erzielt haben könnte, oder, falls der bösgläubige Beklagte nicht veräußerte und die Frucht zu Grunde ging, Kläger als Selbſtbeſitzer erweislich dieſelbe würde veräußert haben: §. 3 ib. Obiges Surrogat iſt aber auch das nothwendige Minimum der Verurtheilung. Denn obligirt iſt der Beſitzer als ſolcher dem Eigenthümer nicht; da ferner die beim gutgläubigen Beſitzer gelöste Frucht unſres Erachtens nicht Eigenthum des Grundherrn und Klägers wird, ſo hat Letztrer auch keine ſelbſtändige Fruchteigenthumsklage, alſo überhaupt kein, weder dingliches noch perſönliches, beſondres Klagrecht auf die Frucht. Hatte der Eigenthümer den Dritterwerber der Hauptſache belangt, aber wegen unverſchuldeten Untergangs der Hauptſache von dieſem Nichts erlangt, ſo bleibt ihm gegen den Erſtvindikaten noch das Klagrecht auf den Erlös (Verkaufspreis der Hauptſache) übrig: l. 17 pr. r. v. 6, 1. Aus alledem ergiebt ſich, daß es eine verwerfliche Generaliſirung der beſondren Grundſätze der Erbrechtsklage iſt, wenn Carpzov, jurisprudentia forensis 1703 Pars 3 constitutio 32 definitio 28, erklärt, konſumirt ſei inſoweit überhaupt und überall nicht, als ein Erlös beim Beklagten vorhanden iſt. Wir behaupten: surrogatum de jure communi non sapit naturam surrogati.

Die Frucht, welche der gutgläubige Beſitzer der Hauptſache vor der Litiskonteſtation hätte ziehen können, ſteigert nicht das Verurtheilungsmaaß. Denn der Eigenthümer darf ſeine Sache vernachläſſigen; alſo iſt, wer entſchuldbarer Weiſe ſich für den Eigenthümer hält, bei gleichem Verfahren ſubjektiv gerechtfertigt. Vgl. l. 31, 3 h. p. 5, 3. Uebrigens erhellt, daß der an und für ſich unbeſtimmte Ausdruck „guter Glaube" in Beantwortung der Frag-

„Wovon?“ sich anders bestimmt für Ersitzung als für Fruchterwerb, woraus von selbst die Verschiedenheit der dieses Erforderniß bedingenden Zeitpunkte bei beiden Rechtsinstituten fließt; worüber unten das Nähere!

Dagegen die nach der L. C. zu ziehende Frucht prästirt auch der gutgläubige Besitzer der Hauptsache: §. 2 J. off. jud. 4, 17, denn, um er obligirt ist, haftet er für Verschuldung, wohin auch Versäumniß gehört, d. h. welche auch durch Unterlassen begangen werden kann: l. 45 r. v. 6, 1. Aber diese Obligation erzeugt kein selbständiges Rechtsmittel; es ist lediglich die Nebenpflicht des Hauptvindikationsrichters, auf diesen Fruchtersatz Rücksicht zu nehmen, dem besiegten Beklagten die Herausgabe neben der Hauptsache zu befehlen (römisches arbitrium de restituendo),[1] eventuell den ungehorsamen in gleichem Gesammtwerthe in Geld zu verurtheilen.[2] Eine selbständige Obligation trifft nur den bösgläubigen Besitzer der Hauptsache wegen der vor der L. C. gezogenen Früchte; der böse Glaube erzeugt hier eine Kondiktion: l. 15 usur. 22, 1, welche als Surrogat der durch das Verzehren unmöglich gewordnen Eigenthumsklage verstanden werden muß, auf keinen Fall aber beweist, daß auch dem bösgläubigen Besitzer die Frucht eigen oder doch dem dritten Erwerber durch ihn zu Eigen gegeben werde.

Also kann von einem bloß interimistischen Erwerbe der gelösten Frucht beim Erbpächter keine Rede sein, denn er kann keiner Hauptvindikation unterliegen. Dieß ist relativ immer wahr, absolut jedoch nur dann wenn der Erbverpächter der wahre Grundherr ist.

Wir glauben durch die ganze obige Darstellung auch den Worten der l. 40 a. r. d. 41, 1 ihre wahre Bedeutung beigelegt zu haben:

---

1) Vergl. l. 22 v. s. 50, 16: Restituere est non solum praesentiam corporis praebere sed etiam possessorem facere fructusque reddere. L. 64 r. v. 6, 1: Quum in rem agitur, ... restitui fructus certum est.

2) Selbst nach Einführung der zwangsweisen Besitzübertragung in der Exekutionsinstanz blieb Jenes für die in Natur beim Verurtheilten nicht vorfindliche aber im Urtheil erwähnte Frucht noch immer Rechtens: l. 68 r. v. 6, 1.

Fructus praediorum consumptos suos facit bona fide possessor.

§. 11. Dieselbe l. 48 pr. a. r. d. 41, 1, von welcher wir behufs der im vorigen Paragraphen angestellten Untersuchung ausgingen, eignet jedwede gelöste Frucht dem gutgläubigen Besitzer der Hauptsache zu. Diese Zueignung leuchtet am Stärksten ein hinsichtlich der Industrialfrüchte, weniger für die reinen Naturfrüchte. Die Billigkeit fordert, daß jene, auf dem Anbau, der Anpflanzung, dem Aussäen ꝛc., kurz auf der ganzen „agri cultura“ beruhenden Früchte „pro cultura illa“ dem Bauer, also dem Besitzer zufließen, jedoch nur dem gutgläubigen, da Niemand eine Entschädigung fordern kann für die durch eignen Willen und Schuld ihn treffenden Vermögensnachtheile. Dieß ist nur von rechtspolitischer Seite zu nehmen. §. 35 J. r. d. 2, 1 fügt aber bei: pro cultura et cura. Dieser Beisatz schließt ein, daß jener Besitzer auch die rein natürlichen Früchte erwerbe: Dernburg Heidelb. krit. Zeitschr. 1 S. 146. Dieß hätte schon Donell merken müssen, wenn er seinen Gedanken vollständig durchgeführt hätte: Nam etiam si per- (pro?)venerint hi — nämlich die industriales — fructus alterius satione et opera: semper tamen — dieß Argument grade beweist auch für die naturales fructus — possessoris cura constat in re possessa tuenda et colenda: cui culturae fructus datus est. — Aber es kam dem Donell (comm. j. c. 4, 25), nach Vorgang der akkursischen Glosse, darauf an, zu zeigen, daß dem gutgläubigen Besitzer nur die Industrialfrüchte zufließen. Um dieß Unrichtige mit l. 48 cit. zu einigen, werden die Worte dieser Stelle

> B. F. emptor percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus provenerunt, sed omnes —

zu folgendem Sinne verdreht: alle Industrialfrüchte, mögen sie gleich durch eines Dritten Sorgfalt und Mühe hervorgerufen sein!?

Als Grund des Erwerbs, der in andern Stellen ebenso wiederkehrt, giebt l. 48 cit. an, daß jener Besitzer hinsichtlich der Früchte nahezu an des Eigenthümers Statt sei. Und in der That hat er die Sache „als sein Eigenthum“, was man vom bösgläubigen Besitzer so nicht sagen kann.

Verkauft z. B. der Richter Erbschaftssachen zu Bestreitung des Begräbnisses, so kann gemäß l. 14, 1 rel. 11, 7 der Erbe vom Ersteigerer nicht vindiziren, weil der Letztre „b. f. possessor est et dominium habet", da er auctore judice erwarb. Und doch ist es zweifellos, daß, falls die Sachen in der That nicht erbschaftlich waren, der wirkliche Dritteigenthümer nicht gehindert ist, zu vindiziren.

Bonitarisches Eigenthum und b. f. possessio sind gleichmäßig Unterlage zu Ersitzung, vielleicht auch zu Publiciana actio. Der bonitarische Sachherr scheint aber ohne Ersitzung quiritarischer Fruchtherr geworden zu sein. Ja, wer eine res mancipi durch Tradition käuflich erwarb, mochte b. f. emptor genannt werden; sonst wäre die Ausdrucksweise in l. 7, 11 Publ. 6, 2 räthselhaft:

Praetor ait: „qui bona fide emit". Proinde hoc sufficit, me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim.

Danach muß der ursprünglich klarste Anwendungsfall der Publiziana der der Tradition vom Dominus gewesen sein; dieß nun würde zu Gaius 2, 41. 43 stimmen, welcher für die ältre Ersitzung von dem nämlichen Falle ausgeht. Aber auch für den Fruchterwerb scheint das gleiche Verhältniß anzudeuten l. 48 pr. a. r. d. 41, 1:

B. f. emptor fructus etiam ex aliena re suos facit.

Vgl. Brinz Pandekten §. 54 a. E. Nur möchten wir nicht mit Brinz auf l. 45 usur. 22, 1 Bezug nehmen, indem uns hier vielmehr eine neue, fremdartige, Erweiterung des Begriffes von b. f. possessio vorzuliegen scheint, nämlich b. f. p. aus rechtlich nichtigem Titel. Scharfsinnig genug aber bringt derselbe Gelehrte die l. 40 a. r. d. 41, 1 bei „ut, quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat b. f. possessor". Denn freilich der andre casus wäre der des bonitarischen Sachherrn; dieser „lukrirt" die Früchte nicht erst durch das Verzehren, da er keiner Vindikation der Hauptsache ausgesetzt sein kann. Ich möchte noch beifügen, daß selbst sprachlich nahe Verwandtschaft des in bonis esse mit bona fide possidere nicht zu läugnen ist; jenes scheint die zum Recht erstarkte Thatsache zu sein. Ganz ähnlich stehen im Deutschen die Begriffe „gut" und „Güter" zu einander.

Der Fruchterwerb beruht in der Thatsache, daß der Besitzer der Hauptsache und Erwerber der Frucht sich redlicher Weise für den Eigenthümer der Hauptsache hält. Unersitzbarkeit dieser Sache steht darum auch jenem Erwerbe nicht im Wege; es darf uns nicht wundern, daß der geringfügigere Erwerb auch leichter zugelassen wird: l. 48, 1 a. r. d. 41, 1. Eine Anwendung, für den Fall, daß Mündelgut ohne obervormundschaftliches Dekret verkauft war, bietet c. 2 si quis ign. 5, 73. Das Prinzip ist für gestohlene Sachen anerkannt in l. 4, 19 u. 41, 3:

Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud b. f. emptorem, contra.[1]) Quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumpti sint, quod verum est.

Auf die seltsam eingeschobenen Worte „si consumpti sint" baut Marezoll seine Idee von der Möglichkeit bloßer Ersitzung des gutgläubigen Besitzers der Hauptsache an den gelösten Früchten. Er bezieht diese Worte, jedenfalls willkührlich, auch auf den ersten Fall der Stelle; dem widerstrebt das „statim": Ich kann „si consumpti sint" nur für ein Glossem halten,[2]) leicht erklärlich durch diejenigen oben betrachteten Parallelstellen, welche darauf selbst für die Eigenthumsfrage Gewicht zu legen schienen. — „Nec usucapi debet" muß verstanden werden: „Hätte das Recht nicht dieses sofortige Eigenthum sanktionirt, so würde die Furtivität und folgeweise Unersitzbarkeit der Hauptsache der Ersitzbarkeit der Frucht nicht im Wege stehen". Dadurch gewinnt „contra" die ihm zukommende Bedeutung. Der partus ancillae wäre übrigens ein Beispiel noch vollkommneren Gegensatzes. Also:

„Wolle gestohlener Schaafe, beim Diebe geschoren, kann nicht ersessen werden, dagegen, beim gutgläubigen Besitzer geschoren, würde sie ersitzbar sein, falls dieser nicht stracks Eigenthümer darüber wäre. Dasselbe gilt von den Lämmern".

Von „Heerden" ist hier keine Rede.

---

1) Diesen Punkt substituirt dem herkömmlichen Komma Unterholzner Arch. f. ziv. Prax. 8 (1825), 13 S. 317. Ein Doppelpunkt würde vielleicht noch bessere Dienste thun.

2) Zimmern im rhein. Mus. f. Jurispr. III (1829) Nr. 19 Not. 1f

§. 12. Wir sahen, daß der Eigenthümer der Hauptsache nie über die beim gutgläubigen Besitzer gelösten Früchte Eigenthum erwirbt. Dieß ist mitenthalten in Papinian's l. 1, 2 pign. 20, 1:

„Die Verpfändung eines Grundstücks wurde vertragsmäßig auf die künftigen Früchte mitbezogen. Dieser Nebenvertrag kann Dritte nicht verpflichten: es braucht also ein gutgläubiger Besitzer der Hauptsache auch gegenüber der hypothekarischen Klage, welche in ihrem Verurtheilungsmaaß der Eigenthumsklage parallel läuft, die verzehrten Früchte nicht zu ersetzen. Denn zwar schützt ihn eine Einrede des Eigenthums auf Grund der Ersitzung darum nicht gegenüber jener Klage, weil Pfandrecht und Eigenthum verschiedener Berechtigter begrifflich überhaupt einander nicht ausschließen: aber dieß ist nur für die Hauptsache von Belang, denn, die Früchte anlangend, bedarf der gutgläubige Besitzer der Hauptsache gar keiner Ersitzung; vielmehr erwarb er dieselben originär zu Eigen; da also der Verpfänder in diesem Falle nie Früchteigenthümer wurde, ist auch ein selbständiges Pfandrecht über diese Früchte nie existent geworden."

Unbegreiflich ist mir die Mißdeutung Böcking's, welcher (Pand. §. 151 Note 17) aus dieser Stelle den auch an sich unrichtigen Satz herleitet, daß der besitzende Faustpfandgläubiger, sowie der nichtbesitzende hypothekarische seit Anstellung seiner dinglichen Klage, wie sonstige (!?) b. f. possessores, durch Fruchtlösung Herrn der Frucht würden. *Οἱ ἐκ τοῦ ἐνεχύρου ληφθέντες κάρποι* in c. 1 pign. a. 4, 24 sind klarer Weise fructus percepti (c. 2; percipiendi: c. 3 ib.), nicht separati; freilich, da die Stelle nur die „Kompensation" gegen gleichwerthe Theile der Hauptschuld zum Inhalte hat, kann sie immer noch die Möglichkeit von Fruchteigenthumserwerb durch bloße Lösung einschließen, aber sie beweist dieß auch nicht annähernd.

Auch der gutgläubige Faustpfandgläubiger vom bösgläubigen Besitzer „lukrirt" die Frucht nicht, sondern kann mittelst der directa actio pigneraticia auf deren Herausgabe neben der Herausgabe der Sache selbst verklagt werden (l. 22, 2 pign. a 13, 7), falls er nicht jene Kompensation geltend macht. Denn der Sachherr hat gegen diesen bösgläubigen Besitzer ja ohnehin Vindikation der vorhande-

nen und Konsumten der verzehrten Frucht. War aber auch der Faustpfandgläubiger im bösen Glauben, so kann offenbar kein Pfandvertrag und somit kein Klagrecht aus demselben gedacht werden. Also nützt guter Glaube des Gläubigers jenem Verpfänder insofern, als er jedenfalls wegen seines eigenen bösen Glaubens dem Grundherrn alle Frucht ersetzen muß, nur in jenem Falle aber die Deckung von dritter Hand empfängt.

Auch bei der Antichrese erfolgt der Fruchterwerb des Gläubigers mittelst Perzeption: l. 11, 1 pign. 20, 1; sie wenigstens bietet erst das Aequivalent für die Zinsen; denn die Parallele liegt in (usurarum) solutio und (fructuum) perceptio: l. 1, 3 ib. War das Kapital unverzinslich, so kann der Gläubiger gleichwohl Frucht bis zum Belaufe der gesetzlichen Zinsen retiniren, ohne freilich deren Eigenthümer zu werden: l. 8 in q. c. pign. tac. 20, 2. Auch dieß setzt für den Eigenthumserwerb aus ausdrücklicher — oder verzinslicher Forderungen stillschweigender — Antichrese ein „tenere“ voraus, wie ein solches in der Fruchtlösung ohne Perception eben durchaus nicht liegt.

§. 13. Der Grund des Fruchterwerbs durch Lösung liegt im Besitze verbunden mit dem das Rechtsgesetz einhaltenden Herrschaftswillen. Denn „der gute Glaube verschafft dem Besitzer ebensoviel wie die Wahrheit, so oft das Gesetz nicht entgegensteht“: Paulus lib. 18 ad ed. l. 136 r. i. 50, 17. Von dem Sinne dieses Ausspruches für Ersitzung kann hier nicht die Rede sein.

Parallel dem Fruchterwerbe des gutgläubigen Sachbesitzers läuft der Erwerb desselben an Allem was ein gutgläubig besessener Sklave Jenem durch eigne Dienste oder mittelst des Vermögens des Besitzers verschafft. Fundus, servus, sind gleichmäßig Erwerbswerkzeuge: l. 25, 1 usur. 22, 1. Auch dieser Erwerb verwirklicht sich beim Sklaven für den Besitzer selbst ohne Wissen und Aneignungshandlung seitens des Letztren, wie die Fruchtlösung: l. 40 a. r. d. 41, 1. Als entscheidender Zeitpunkt für das Erforderniß des guten Glaubens ist der des jedesmaligen Erwerbs (der Lösung,) der Frucht und Dienste festzuhalten, abweichend also von dem im Ganzen und in der Regel nur einmaligen, nämlich für die Hauptsache ein für alle Mal wichtigen und entscheidenden, Zeitpunkte des guten Glaubens zur Ersitzung der Hauptsache, und

darum auch nicht ohne vorgängigen wissenschaftlichen Kampf[1]) festgestellt; für den Erwerb mittelst Sklaven giebt die Entscheidung Ulpian in l. 23, 1 a. r. d. 41, 1: Tamdiu adquirit, quamdiu bona fide servit; ceterum, si coeperit scire, esse eum alienum vel liberum, videamus, an ei adquirit. Quaestio in eo est, utrum initium spectamus, an singula momenta. Et magis est, ut singula momenta spectemus.

Initium ist der Erwerb der Hauptsache, singula momenta sind die jedesmaligen Frucht- und Dienst-Lösungen mit Bezug darauf, ob sie früher oder später als das coepisse scire fallen. Marezoll mißdeutet die Stelle in folgender Weise: Der gutgläubige Sachbesitzer werde nur interimistischer Fruchtherr, nämlich so lange sein guter Glaube dauert. Aehnlich deutet er die l. 40 a. r. d. 41, 1 s. c.

§. 14. Wer vom wirklichen oder scheinbaren Eigenthümer erwarb, wird, bei rechtlicher Nichtigkeit des Geschäfts, nur über die Industriefrucht,[2]) zwar nicht Eigenthümer, aber doch vermögensrechtlich zur Deckung seines Aufwandes an Mühe u. s. w. befugt.[3]) Denn er ist eben nur ersitzungsmäßig gutgläubiger Sachbesitzer (er hält den Auktor für den Eigenthümer), die Nichtigkeit des Geschäfts hemmt oft die wirkliche Ersitzung. Für einen Selbsteigenthümer könnte er sich höchstens aus unentschuldbarem, weil aus Rechts-Irrthum halten. Ein vorzügliches Beispiel bietet der beschenkte Ehegatte. Dieß scheint der wahre Sinn von l. 45 usur. 22, 1,[4]) wo „fructus suos facit“ nicht wohl von Eigenthumserwerb

---

1) Bei Harmenopulos II, 1 Art. de b. f. possessione findet sich wieder die im justinianeischen Recht verworfene Meinung. Nach den kanonischen Grundsätzen kann die Entscheidung der Frage nicht zweifelhaft sein. Wäre sie legislatorisch neu zu entscheiden, so dürfte vielleicht der Unterschied der Natural- und der Industrial-Früchte in Betracht zu ziehen sein.

2) Wüste Güter tragen nur Naturalfrucht. Nach sächsischem Recht war solche zu theilen zwischen dem Beamten, dem Gerichtsherrn und dem Geistlichen; v. Rohr Haushaltungs-R. Fortf. 3, 3 §. 6.

3) Früchte und Impensen sind kompensabel: Leyser spec. 99 med. 7.

4) Diese Stelle war von jeher die Hauptstütze des Irrthums, daß jeder gutgläubige Besitzer nur die Industrialfrüchte zu Eigen bekomme. Sie sagt indeß lediglich: nicht jeder erwerbe auch die naturalen; ein Satz, der mit unsrer vermittelnden Anschauung zusammenstimmt. Andre Mittelmeinun-

zu verstehen ist, da ja Samen und Arbeit zur Frucht beide in dem Rechte des Bodens untergehen.

§. 15. Erwerb durch Sklaventhätigkeit erzeugt, bei aller Parallele mit der Fruchtlösung, doch nicht, wie sie, eine neue Sache. Es ist also Julian's, mit den spätren und größten klassischen Juristen in Widerspruch stehender Rückschluß unrichtig, daß, da der von mir gutgläubig gekaufte Sklave bis zur Entwährung mir erwirbt, auch die Früchte eines ebenso erworbenen Grundstücks mir ebensolange, trotz eines vor der Lösung eintretenden bösen Glaubens, erworben werden müßten: l. 25, 2 usur. 22, 1. Der Rückschluß wurde nur dadurch möglich, daß Julian von Fruchtperzeption redet.

§. 16. **Specificatio, specificare** sind nachjustinianeische Kunstausdrücke. Sie finden sich übrigens schon im Brachylogus 2, 5, und verbreiteten sich durch dessen Ansehen weiter: Böcking §. 154 Note 6. Richtig setzt der Brachylogus das Wesen der Spezifikation, die wir Erarbeitung nennen wollen, als einer Eigenthumserwerbung, in Formgebung ohne Zurückführbarkeit in die alte Gestalt, in den alten „Stoff". Dieses Recht durch Erarbeitung war zu Anfang der Kaiserzeit noch nicht festgestellt; die Sabinianer nämlich zogen das Zuwachsrecht auch für diesen Fall vor. Auch bildete sich erst im Verlaufe des Schulstreites, als Frucht des geistigen Kampfes, die richtige Unterscheidung durch, nämlich die Rücksicht auf Zurückführbarkeit oder nicht: Gai. 2, 79. Von jeher aber wurde betont der animus domini, das suo nomine facere (l. 7, 7 a. r. d. 41, 1), welchem für unsre Frage natürlich die Geschäftsführung für jeden Dritten, außer (l. 31 pr. don. i. v. et u. 24, 1) den Stoffherrn oder den für welchen der Stoffherr die Neugestaltung vornehmen läßt (rechtliche Tradition: l. 25 a. r. d. 41, 1), gleichsteht. Der Schulstreit war die Folge mangelnder positiver Rechtsbestimmung; man wendete sich an das Rechtsgefühl, und dieses gab den verschiedenen Leuten verschiedne Antworten, wie

---

gen: man müsse zwischen onerosem und lukrativem Sacherwerbsgrunde unterscheiden; extirende Industrialfrucht falle nicht in die omnis causa (??). Das Letztre beruht auf einem klar zu zeigenden Mißverständniß; wahr ist, daß grade die Industrialfrucht die Impensen mindert.

das nicht anders sein kann.[1]) Daß die Form nicht ohne den Stoff thatsächliches Dasein zu haben vermöge, bewog die Sabinianer, den Stoff als die Hauptsache zu behandeln. Sie lehnten sich also an einen natürlichen und anerkannten Rechtssatz an. Aber die Form ist gar kein Stoff; es mangelt an rechtlicher Kommensurabilität. Die bei Justinian in §. 25 J. r. d. 2, 1 angenommne Mittelmeinung, welche schon von Gaius im zweiten Buche von dessen aurei belobt wird, schließt sich der sabinianischen Auffassung insofern näher an, als der Stoff die Sache körperlich in der That ausmacht, die Form nur eine Aeußerlichkeit bleibt: es sei denn daß die Zurückführbarkeit verneint werden muß: denn dann, leuchtet ein, ist der Stoff als selbständige Sache untergegangen, von der Form aufgezehrt worden, und somit als Nebensache erwiesen — auch eine Akzession, aber mit umgekehrten Partheirollen, und überdieß persönliche Thätigkeit erfordernd. Der letztre Umstand steht entscheidend der Einverleibung in die Zuwachslehre entgegen. Auch unsre Quellen betrachten die Erarbeitung abgesondert.

Die Form ist nicht der Körper, aber sie ist dennoch eine Realität. Seneka in seinem 65. Briefe sagt:

Unsre Stoiker (deren Einfluß auf die naturrechtliche Auffassung der römischen Juristen der damaligen, grade für unsre Lehre wichtigen Zeit nicht zu gering geschätzt werden darf) stellen zweierlei Wirkliches als Urquell aller Schöpfung auf, die causa und die materia (Kraft und Stoff, nie Eins ohne das Andere). Die Materie liegt da, roh (iners: kunstlos) aber zu Allem bereit, unbewegt („cessatura" ist vortrefflich gesagt, denn sie reagirt auch gegen den Anstoß, strebt stets wieder zur inertia; so verfällt mit der Zeit auch die Form) falls sie nicht von Außen bewegt wird. Die Kraft (causa gleich ratio) aber verleiht ihr die Form und bewegt sie willkührlich und schafft aus ihr allerlei Werke. Das Subjekt der Schöpfung ist die Kraft, das Objekt der Stoff; beide sind zu

1) Mit unsrem Rechtsgefühl am Meisten im Einklang steht die Dezision des österr. G. B.'s §. 415: die neue Sache wird dem Arbeits- und dem Stoffherrn gemeinsam. War der Arbeitsherr aber in culpa, so hat der Stoffherr die Wahl zwischen der Sache gegen Impensenersatz und dem Stoffwerthe. Ist Niemand in culpa, so wird demjenigen, dessen Antheil mehr werth ist, die Wahl vorbehalten.

trennen; ohne Stoff kann keine Kraft wirken. Der Künstler schafft im Einzelnen, wie die Natur im Weltall; er strebt und ahmt ihr nach. So giebt er der Statue die Gestalt (facies, von facere). Demnach ist er die Kausa zur Statue. Ebenmäßig bestehen alle Dinge aus dem Werdenden und aus dem Schaffenden. Eine oberste Einheit aller Kausa (Gott) wird von den Stoikern behauptet. Aristoteles nennt den Stoff selbst als älteste Kausa (Urkraft), als zweite den Künstler, als dritte die Form welche bei ihm εἶδος heißt, wonach z. B. die Statue eines Menschen dessen Namen trägt. Er fügt aber noch als vierte Kausa bei: den Zweck des Künstlers, aber nicht den künstlerischen Zweck, sondern die Absicht (propositum), z. B. Gelderwerb aus Verkauf, Ehrgeiz, Frömmigkeit falls er die Götter mit dem Werke beschenken will, u. s. w. Plato endlich fühlt die Lücke, und nennt als fünfte Kausa die Idee des Künstlers, die er auch dann als vorhanden annimmt, wenn sie auf reine Nachahmung sich richtet. (Diese Idee ist i. d. Th. etwas Neues, insbesondre vom „Künstler" selbst so verschieden, wie der Plan von der Fähigkeit ihn auszuführen). Die fünf causae sind also: id ex quo, id a quo, id quo, id ad quod (Plato), id propter quod (Aristoteles) aliquid fiat. In der Natur zeigen sie sich nach Plato als die Elemente, Gott, die Welt, der Schöpfungsplan, das Gute. Ueberall ist die Kraft dem Stoffe überlegen.

Die Realität der Form liegt auch der Ansicht der Prokulianer unter. Nur unter dieser Voraussetzung konnten sie für das Recht der Erarbeitung auf dem Bemächtigungsprinzip fußen, nämlich darauf daß nun eine neue und zwar herrenlose körperliche Sache vorliege. Diese Ansicht ist für den Fall der Nichtzurückführbarkeit auch die justinianeische. Placuit media sententia. Dennoch ist diese eigentliche Spezifikation nicht reine Okkupation. Man muß das Zuwachsrecht mit heranziehen, da doch nur die Form, nicht der Stoff und Körper der Sache neu ist. Dieses Verständniß des neuesten Rechts geben die Institutionen [1]) an die Hand, indem sie den Fall, in welchem der Spezifikant zum Theil

1) Und in noch höherm Grade die Ausdrucksweise des Harmenopolus.

eignen Stoff verwendete, als den zweifellosesten für die Anwendung des Spezifikationsrechtes hinstellen.

Der prokulianischen Meinung scheint der nachprokulianische L. Ulpius Marcellus, ein jüngerer Zeitgenosse des Gaius, noch gehuldigt zu haben nach l. 6, 1 aur. leg. 34, 2. Ueberhaupt keimte die Mittelmeinung vielleicht erst damals auf. Gaius hat sie in den Institutionen nicht; möglich, daß er sie beim Anfangsunterrichte absichtlich wegließ, freilich war sie in wenig Worten anzugeben und leicht zu begreifen. In den Aurei führt er sie als jetzt entstanden und sofort gebilligt an; wir wissen aber nicht, ob die Aurei sein spätres Werk sind. — Marzell nun setzt ein Vermächtniß sämmtlicher Perlen und Hyazinthen (eine Art Edelsteine) voraus. Einen Theil von beiden hatte der Erblasser späterhin „konvertirt" in eine andre (neue) „species" ornamenti, und dieses Geschmeide endlich noch kostbarer gemacht durch Beifügung andrer Gemmen und Perlen (hier margaritae, oben uniones genannt). Kann nach eingetretnem Todesfall der Honorirte auf Lösung klagen um demnächst zu vindiziren? An hos uniones rell.... heres compellatur ornamento posteriori eximere et praestare?

Hier also scheint Zurückführbarkeit (Lösbarkeit) vorausgesetzt, wenn wir nicht das „eximere et praestare" rein vermögensrechtlich, nämlich mit Bezug auf den bloßen Geldwerth, denken wollen. Gleichwohl versagt Marzell die Klage, und zwar, absehend von der Annahme eines implizirten Widerrufs des Vermächtnisses, einfach aus dem Gesichtspunkte: man könne unmöglich das Vermächtniß — auch nicht das sonst so frei behandelte Fideikommiß — als fortbestehend erachten, da sein ursprünglicher Gegenstand — es ist Vindikationsvermächtniß vorausgesetzt — in seiner individuellen Selbständigkeit (species) nicht fortdauerte, denn derselbe sei gewissermaaßen (quodammodo; nämlich für die Eigenthumsfrage) erloschen.

Diese Stelle also ist in den Pandekten rezipirt. Demnach dürfen wir auf die Zurückführbarkeit kein ausschließliches Gewicht legen, falls der Spezifikant z. Th. eigenes (dort: nichtvermachtes) Material verwendete, falls nur das Ganze ein neuer Begriff wurde, dem jedenfalls eine mechanische Einheit als Substrat dient.

Ebenso ist rezipirt der von Pomponius in l. 29, 1 don. i. v. et u. 24, 1 berichtete Ausspruch des Labeo: Der Ehefrau gehören die Kleider, die sie sich aus der vom Manne geschenkten Wolle fertigte (confecit). Und im besten Einklange damit sagt Paulus 14. ad Sab. in l. 26 pr. a. r. d. 41, 1: Si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret.

Allerdings läßt die rohe Wolle nur aus den allereinfachsten Geweben sich wiederherstellen. Die fleißige Hausfrau spann und wob ꝛc. das Geschenk selbst mit ihren oder auch des Mannes (l. 31, 1 don. i. v. et u. 24, 1) Mägden. Aber auch wenn sie durch Dritte arbeiten ließ, bleibt dieselbe Entscheidung.[1]) Wie aber, wenn der Mann vor Vollendung des Kleides das Gespinnst oder Gewebe vindiziren will? Hier kann nur die Rücksicht bestimmend sein, ob der Plan des Spezifikanten bereits seine Vollendung fand. Der Spinnereiherr, welcher fremde Rohwolle verspann, erwirbt deren Eigenthum sowie die Wolle alle Stufen dieser Fabrikation durchwandert hat; ist aber bei ihm Spinnerei und Weberei kombinirt, so wird erst das fertig Gewebte sein Eigen. Dem ehemaligen Eigenthümer der Rohwolle giebt Gaius l. 30 ib. die bekannte „utilis“ (in rem) actio. Diese Klage enthält hier und anderswo die praktische Vermittelung der Schulkontroverse.

Aus der justinianeischen Rezeption der Mittelmeinung ergiebt sich das Unrichtige des Ausdrucks „specificatio“. Nicht, daß nova species entstand, ist das Alleinentscheidende, sondern daß der Stoff in die alte Form — und es giebt in Wahrheit nichts Formloses — sich nicht wieder herstellen läßt, oder doch die neue Einheit, die zugleich ein neuer Begriff ist, z. Th. aus Material des Spezifikanten besteht. So gelten Statuen, Becher, dem Paulus in l. 24 a. r. d. 41, 1 (wo das non vor reverti auszustreichen ist: Bangerow S. 643). nicht als Erarbeitungsfälle.

§. 17. Der böse Glaube des Umschaffenden ist Hinderniß des Erwerbs nach Scheurl, Dernburg, Arndts und Andern,

---

1) Vgl. den Rechtsfall bei Hommel obs. 153 (Spitzen aus Zwirn gefertigt).

auch nach dem preuß. L. R. 1, 9 §. 299 cf. 304. Arndts nimmt jedoch auch hier den Fall der Mischung eignen und fremden Stoffes aus. Wir läugnen den ganzen Satz. Der böse Glaube bewirkt, daß der Umschaffende gegen die Klage auf Lösung sich nicht auf die Unmöglichkeit dieser Lösung berufen kann, da grade solche Unmöglichkeit auf seinem Dolus beruht. Er wird also, gemäß dem Eide des Klägers, auf den Geldwerth von dessen Interesse daran daß nicht exhibirt wird, verurtheilt: l. 9, 8 ad exhib. 10, 4. Zieht aber der Klagberechtigte es vor (l. 52, 14 furt. 47, 2: et uvarum, et musti), so kann er vom Fur das Ganze kondiziren: l. 12, 3 ad exhib. 10, 4. Vgl. Paul. l. 4, 20 u. 41, 3: Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est (wie in der andern Stelle), ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit. Diese Stelle freilich müßte, ihrem Zusammenhange nach in welchem sie in der ganzen lex steht, Unersitzbarkeit bedeuten. Demnach könnte der Fur durch Umschaffung nicht Eigenthum erwerben. Aber wozu dann die Hervorhebung der Unersitzbarkeit? Der wahre Sinn ist folgender: Zwar wird auch der umschaffende Dieb Eigenthümer, aber der Klage auf Lösung kann er sich dadurch nicht entziehen, auch nicht wenn er nicht allein auf die Umschaffung, sondern überdieß und eventuell auf die Ersitzung des Umgeschaffenen sich berufen möchte. Der Fur steht bekanntlich durch die That selbst auf dem nämlichen Punkte, welchen der einfach bösgläubige Besitzer erst seit der Litiskontestation einnimmt. Ihn befreit auch der Untergang des Stoffes nicht: l. 8 pr. cond. furt. 13, 1. l. 46 pr. furt. 47, 2. Noch weniger kann der Betrüger durch seinen Betrug meinen Stoff gewinnen. Grade die Unlösbarkeit der Verbindung aber bewirkt eben so unzweifelhaft wie Eigenthum des Spezifikanten, so auch Zuständigkeit der Kondiktion (dandi obligatio) auf das Ganze.

Bedenklich aber ist die von Paulus in l. 12, 3 a. c. beigefügte Motivirung: quia, quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est. Sind diese Worte ächt und nicht Reminiszenz sabinianischer Anschauung, so besagen sie jedenfalls zu viel. Beschränken wir sie auf ihr richtiges Maaß von Anwendbarkeit, so passen sie 1) nur auf bösgläubige Umschaffung, 2) nur auf Zuständigkeit der Lösungsklage behufs Vindikation (die Intention der letztren geht

auf „actoris rem esse“), mittelst replicatio doli, so daß die Berufung des Beklagten auf die Unlösbarkeit — wegen des bösen Glaubens des Beklagten dem Kläger zu Gute kommt, die Klage aber ihren Charakter nur als persönliche Klage behaupten, zu einem Eigenthumsprozesse nicht durchgeführt werden kann. Die Beispiele (Most, Oel, Kleider) sind sämmtlich ächte Umschaffungsfälle. Ueber die Kleider vgl. l. 88 pr. leg. 3: Das Traubenkeltern und Oelpressen könnte Manchem als bloßes Zerstören erscheinen. Vgl. Julian's l. 14, 3 cond. furt. 13, 1: uvis surreptis, et mustum et vinacia (die Träster) condici posse (in §. 2 das. war von gestohlenem Ochsen die Rede, der geschlachtet, abgehäutet und seiner Hörner entkleidet wurde). Indessen ist es doch unstreitig eine Art Fabrikation aus Rohstoff; sofort beginnt die Gährung beim Wein, welche die neue Beschaffenheit der Sache erzeugt.

Ein Gegenstück zu dem „quod ex re nostra fiat, nostrum esse“ bildet der Ausspruch Ulpian's zum Sabinus in l. 9, 3 ad exhib. 10, 4, wo vom wirklichen Zerstören die Rede ist: „nam mutata forma prope interimit substantiam rei“. Dieß wird nur zur Begründung persönlicher Entschädigungsklage gegen den bösgläubigen Zerstörer hervorgehoben: er wird nicht frei durch Auslieferung der aus der Zerstörung verbliebenen Stoffe. Substanz ist hier also auch der Vermögenswerth; die Form (Façon) wird oft sehr theuer bezahlt, je nach dem Grade der Vollendung und je nach der Bedeutsamkeit der darin ausgeführten künstlerischen Idee. Mindestens steckt in der Form der Fleiß und Lohn des Arbeiters.[1]) Das Beispiel der Stelle ist: Jemand hat bösgläubig einen fremden Silberbecher eingeschmolzen. — Umgekehrt ist, wie wir oben sahen, die Anfertigung solchen Bechers keine Spezifikation, wegen der Zurückführbarkeit. Dieß bezeugte Paulus, und gleichzeitig gab er als andres Beispiel die Errichtung einer ehernen Statue an. Da-

1) Nach Ulpian's Bericht in l. 13, 1 v. s. 50, 16 sagte Sabinus und billigte Pedius: „res abesse (nicht: interisse) videntur etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est; et ideo, si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videri abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio quam in re. — Man wird diese Stelle dann für unsre Frage richtig beurtheilen, wenn man eingedenk bleibt, daß exhibere bedeutet praesentiam corporis facere.

mit steht vollkommen in Einklang, daß nach demselben Paulus die Anfertigung eines Kunstwerks aus Marmor ächte Umschaffung ist: arg. l. 78, 4 leg. 3. Man kann die marmorne Statue nicht einschmelzen. Aechte Umschaffung ist nach Obigem die Anschweißung verschiedener Metalle keineswegs, und trotz der Untrennbarkeit. Denn, daß die Stoffe bleiben, beweist die Einschmelzbarkeit, durch welche sie einzeln wieder zu gewinnen sind: Ulp. l. 5, 1 r. v. 6, 1.

Die Fälle, in welchen durch erblasserische Spezifikation das Vindikationslegat nach den Quellen untergeht, lassen sich darum nicht ohne Unterscheidung als Umschaffungsfälle bezeichnen, weil die möglicherweise implizirte Willensänderung den Wegfall des Vermächtnisses ebensowohl und ausreichend zu bewirken vermag. Z. B. Balken sind vermacht, der Erblasser baut daraus ein Schiff oder einen Schrank: l. 88, 1 ib.; Beweis ist, daß auch die spätre Wiederauflösung des Schiffes das Vermächtniß nicht wiederherstellt: §. 2 ib. Dagegen massā legatā scyphi ex ea facti exigi possunt: §. 3 ib.; vgl. unsre obige Bemerkung über Silber und schmelzbare [1]) Metalle überhaupt. Man begreift, daß über jene tacita legati ademptio sonstiger Beweis, vorzüglich der Sprachgebrauch und zunächst der des Erblassers, entscheidet; nur das steht fest, daß ächte Umschaffung auch die stärkste Vermuthung solcher Ademption für sich hat.

Aechte Umschaffung ist das Zusammengießen unterschiedlicher Flüssigkeiten zu einem neuen Getränke: Ulp. l. 5, 1 r. v. 6, 1; die Chemie unsres Zeitalters würde freilich häufig dagegen Einspruch einlegen müssen. Mischungen zu Heil-Tränken und [2]) -Salben sind ächte Umschaffungen: l. 27, 1 a. r. d. 41, 1.

Stets bleibt zu beachten, daß die Nichtzurückführbarkeit erst in zweiter Linie bedeutsam ist, in erster Linie aber die Erarbeitung („kunst- oder handwerks-mäßige Verarbeitung": preuß. L.-R. 1, 9 §. 307) steht. Grade dieses Verhältniß ist übersehen, wenn

1) Umschmelzen von veralteten Metallgefäßen in neue ist nicht Spezifikation: Hommel obs. 564.

2) „Coactis" nicht, sondern „coctis odoribus unguenta." Arg Basilic. Gleich „decoctis, concoctis, excoctis." Cuiacius obss. 11 cap. 12 ad tit. a. r. d. quaedam et Cicero emendatus (op. omn. Neap. t. 3 p. 304 sq.).

§. 25 J. r. d. 2, 1 das Ausdreschen des Getraides, ein bloßes detegere einer schon vorhandenen Sache, unter den Fällen nennt, in welchen species (nova) facta sit; ausdrücklich wegen der Nichtzurückführbarkeit des Korns in die Aehren. Jedes Zerstören wäre dann Spezifikation. Wendet man ein, das Ausdreschen sei doch gewissermaaßen Fabrikation, so ist dieselbe so wenig hier positiv geschehen, daß auch die künftige Bestimmung zum Mahlen und Brodbacken, als etwas noch nicht Ausgeführtes, die richtige Auffassung nicht trüben kann. Wäre das Ausdreschen Spezifikation, so müßte auch das Thierschlachten, das Fruchtpflücken u. dgl. eben hierher gehören.[1]) Den Irrthum der Institutionen[2]) — wenn wir ein Versehen, bei welchem der Gesetzgeber eben leider Nichts gedacht hat, einen Irrthum nennen dürfen — enthüllt Gaius 2. aur. in l. 7, 7 i. f. a. r. a. 41, 1, in einer Notiz, welche er seinen Institutionen (2, 79) noch nicht beifügte, sondern das „Schulbeispiel" ruhig neben den andern stehen läßt. Gelegentlich bemerken wir, daß ein jüngeres Datum der Aurei dadurch wiederum nicht bewiesen wird, da die Institutionen die Elemente des Rechts enthalten sollen und Gaius dabei nicht gern über die Schullehren hinausgeht. Daß es deßfalls auch „Kontrovertenten" gegeben habe, wie Böcking §. 154 Note 25 aus dem „videntur mihi quidam recte dixisse" der Aurei schließt, ist nicht glaublich, vielmehr scheint das ungeschickte Beispiel gleich anfangs nur durch Mangel reiflicher Ueberlegung den übrigen beigefügt worden zu sein. So schrieb es Justinian ab, und, da er dabei offenbar Nichts dachte, so er-

---

1) Auch das Verarbeiten der Steinkohlen zu Coaks; hier werden nur in den Kohlen enthaltene Stoffe ausgeschieden. Ebenso bei der Herstellung von Holzkohlen aus Holz. Wenn man die römische Spezifikation richtig begreift und festhält, so dürfte kaum über jene Beispielsfälle von Nichtspezifikation die gemeine Praxis noch schwankend sein. Soviel ist allerdings richtig, daß „Heizungsmittel" nicht species, sondern Begriff ist, und daß man z. B. also daraus, daß Coaks sowie Kohlen Heizungsmittel sind nicht schließen darf es sei eadem species geblieben. Denn Art und Gebrauchszweck von Sachen sind immerhin verschiedne Gesichtspunkte. Aber selbst die Gebrauchsanwendung ist eine theilweise verschiedne; so würde man vielleicht die Coaks gar nicht herstellen, wenn man nicht Gas gewinnen wollte.

2) Ihn schreibt Harmenopulos II, 1 rubr. de formis ex alieno materia factis redlich ab.

mangelt der gesetzgeberische Wille, dessen Inhalt für diese Frage aus der Pandektenstelle erhellt. Die Institutionen veranlassen uns hier, an die Zulässigkeit abrogirender Interpretation zu glauben, einer Interpretation, welche logisch nothwendig ist sobald man das Gesetz richtig als Produkt aus Wille und Wort auffaßt, einer Interpretation endlich, welche von Denjenigen am wenigsten verworfen werden dürfte, welche die restriktive zulassen, denn was vom Theil gilt muß vom Ganzen gelten, die restriktive ist aber in Wahrheit (partiell) abrogirend.

Daß der gutgläubige Spezifikant den Stoffherrn entschädigen müsse, erscheint, obwohl durch kein Gesetz vorgeschrieben, dennoch aus demselben Grunde zu bejahen, aus welchem unsre Quellen das Nämliche für die Akzession ausdrücklich bestimmen. Actio in factum necessaria est. Die Entschädigung kann selbstredend nicht über den, nach Abzug des Kunstwerthes und der Arbeitsschätzung verbleibenden, vorhandnen Gewinn des Spezifikanten hinausgehen. Wangerow §. 310 Anm. a. E.

§. 18. Bemächtigung und [1]) Thätigkeit zusammenwirkend erzeugen mitunter auch ohne Spezifikation Eigenthumserwerb. So erzählt Sueton von Vespasian (Kap. 8):

(Deformis urbs veteribus incendiis ac ruinis erat:) vacuas areas occupare, et aedificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit.

Das war wohl nur transitorisch, durch die einmalige Kalamität geboten. Die nämliche Notiz giebt, in einer diese unsre Annahme bestärkenden Redeweise, Aurelius Viktor scriptor. lat. omn. Aureliae Allobrog. 1609. 1 p. 627 D) in excerptis de vita et moribus imperatorum Romanorum:

(Vespasianus) Romam deformem incendiis veteribus ac ruinis, permissa, si domini deessent, volentibus aedificandi copia, reparavit.

---

1) Der „usus“ als Ersitzungserforderniß der 12 Tafeln schließt, wie es scheint, gleicher Weise bereits den Gedanken an die Thätigkeit des Sachbesitzers ein, sowie ja auch die Früchte dem gutgläubigen Besitzer „pro cultura et cura“ erworben werden. Diese Bemerkungen gelten der Thätigkeit allein, d. h. ohne eigentliche Sachbemächtigung.

Diese Verfügung war gewiß nicht auf publicum solum beschränkt. [1])

Hernach scheint Hadrian Gleiches edizirt zu haben, doch überdauerte diese, nicht bloß transitorische, Bestimmung jedenfalls nicht Diokletian's und Maximian's c. 5 aed. priv. 8, 10. Vielmehr war polizeilicher (curator reipublicae) Zwang, daß der Grundherr sein zerstörtes Haus selbst wieder aufbaue, [2]) schon zu Paulus Zeit vorhanden: l. 46 pr. d. inf. 39, 2, und mochte regelmäßig ausreichen. Im Nothfalle stellte die öffentliche Kasse sich in den Riß, besorgte den Wiederaufbau und erwarb dadurch eine erste Hypothek (§ 1 ib.) Dieser Zustand galt zu Ulpian's Zeit im ganzen Reiche; ihn behüteten die Provinzialvorstände (l. 7 ff. praes. 1, 18) auf dem Wege der Verwaltungsjustiz (judiciaria auctoritas: c. 8 aed. priv. 8, 10). Dem Zwange nämlich mußte obrigkeitlicher Augenschein (inspectio, sc. ocularis) und amtliche Untersuchung, ob Grund sei gegen den Hausherrn vorzugehen, präzediren. Der Augenschein entschied über zwei thatsächliche Fragen, nämlich ob Ruine, ob Entstellung der Stadt durch dieselbe vorliege. Auf's Neue anerkannt wurde die angegebene grundherrliche Pflicht durch ein Gesetz von Valens, Gratian und Valentinian: c. 8 aed. priv. 8, 10:

Curiales etiam inviti vel reparare intra civitates quas olim habuerunt domos, vel de novo aedificare cogantur... Possessores vero qui non erunt curiales in urbibus in quibus domos possident easdem domos dirutas neglectasque reparent.

Eine einzelne Gemeindeordnung scheint sogar der Stadt das Recht gegeben zu haben, bei eingestürztem Hause den Platz zu versteigern; und diese Bestimmung wird nicht als unzulässig verworfen von Diokletian und Maximian in c. 4 j. reip. 11, 29.

---

1) Wie die c. un. Th. r. v. 2, 23, welche eine in den justinianeischen Codex nicht aufgenommene, aber im Okzident fortlebende Begünstigung der Soldaten enthält. Diese nämlich brauchen den in Besitz genommenen Staatsboden nur mit einem Gebäude zu bedecken, ja nur rings einzufriedigen, um dadurch ihn als unentziehbares, erbliches und veräußerliches, Privatgrundeigenthum zu erwerben.

2) Ueber die Wiederherstellung zerstörter Werke vgl. Bachofen ausgewählte Lehren S. 223 ff.

Ein Senatsschluß unter Mark Aurel gab demjenigen Gläubiger, welcher Geld geliehen hatte um der Wiederherstellung eines Gebäudes willen, ein gesetzliches Pfandrecht über das Haus nebst Platz: l. 1 in q. c. pign. 20, 2. Nicht hiermit identisch, sondern lediglich parallel ist ein Edikt desselben Kaisers, welches dem nämlichen Gläubiger (l. 25 r. c. 12, 1) ein privilegium exigendi einräumt: l. 24, 1 r. auct. jud. poss. 42, 5. Der Unterschied nämlich im Rechtsinhalte dieser beiden Begünstigungen war bei den Römern noch bedeutender als er bei uns ist, da Pfandgläubiger als Separatisten aus dinglichem Recht zum Konkurse gar nicht zu kommen brauchten; will aber unser Gläubiger kommen, — denn das Haus kann mittlerweile, etwa durch neuen Einsturz, wieder werthlos geworden sein, der Platz allein das Guthaben nicht decken — so hat er folgeweise ein Vorzugsrecht, woraus sich die Stellung der l. 1 cess. bon. 42, 3 in diesem Titel erklärt. — Auf demselben Grunde beruht die Gültigkeit von Schenkungen unter Ehegatten, soweit[1]) dieselben innerhalb des nämlichen Zweckes liegen: l. 14 don. i. v. et u. 24, 1 (Beispiel: abgebranntes Haus).

Von der Möglichkeit universellen Eigenthumserwerbs des allein ausbessernden Miteigenthümers war bereits in Heft 1 S. 30 die Rede. Dieser Fall ist somit der bei Justinian und heutzutage allein praktische unter diesen Paragrafen gehörige Fall von Eigenthumserwerb.

§. 19. Gleiche Tendenzen verfolgte das römische Recht bei bäuerlichen Grundstücken.

Ein Gesetz von Arkadius und Honorius, c. 11 omni agro deserto 11, 58, ruft die Grundherrn auf, einer desfallsigen Ediktalladung binnen sechs Monaten Folge zu leisten. Die Ladung befiehlt ihnen, sich des Landgutes wieder anzunehmen (dahin zurückzukehren). Leisten sie Folge, so sollen sie ihr Eigenthum behalten, ihre alten Schulden aber tilgen. Bleiben sie dagegen aus, sind

1) Vgl. Ulp. ad Sab.: l. 12, 2 don. i. v. 24, 1: Quum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici (causa data causa non secuta) ei id non potest, quia magis donari ei videtur. Neratius quoque ait, datum ad villam exstruendam vel agrum serendum, quod alioquin facturus non erat is qui accepit, in speciem donationis cadere. Ergo inter virum et uxorem hae erunt interdictae.

ungehorsam, so gelten sie als geständig ihres Unvermögens, die durch Rückstände angeschwellten Grundlasten zu leisten. Dann soll das Grundeigenthum auf die Uebernehmer übergehen, oder denen bleiben, die sich des Gutes bereits annahmen, falls sie sich der festzustellenden Grundsteuer unterziehen. Diesen ist das Gut unentziehbar, seitdem und so lange sie die Grundsteuer wirklich zahlen; andrenfalls aber werden Mitbewerber zugelassen. Die Grundsteuer hat Jeder erst seit seinem Besitze zu zahlen.

Wer Grundstücke von Dekurionen erwarb, soll diesen Erwerb so lange unwiderruflich behaupten können, als er das Land vollständig anbaut und die darauf ruhenden öffentlichen Lasten trägt: Hon. Theod. c. 14 ib., geschöpft aus c. 6 Th. patroc. vic. 11, 24. Diese Verfügung hatte den, h. z. T. veralteten, Grund, daß die Kurie dem Staate mit dem Privatvermögen der Kurialen einstand für die Grundsteuerumlage auf die ganze Gemeinde — eine finanzielle Maaßregel, welche in Frankreich in ausgedehntem Maaße bis zur Revolution im vorigen Jahrhundert angewendet wurde.

Wer, bei Unterlassen des Herrn, deserirte Aecker, fern oder nah belegen, zu seinem wie zu allgemeinem Besten vollständig anzubauen eilt, soll deren Eigenthum erwerben durch zweijährige Dauer dieses Verhältnisses, falls binnen dieser Zeit der Herr nicht unter Vorauserbieten des Auslagenersatzes sein Recht reklamirt: Val. Theod. Arc. c. 8 ib. 11, 58.

Ganz willkührlich versteht von Schröter in der Z. Sch. f. Civ.-R. u. Proz. 2, 7 S. 238 f. Anm. 13 diese Stelle, statt von Eigenthum, von Emphyteuse. Die richtige Ansicht wird dagegen ausgeführt von Guyet: Bemerkungen aus dem römischen Oekonomierecht Nr. 3, im Archiv für die civ. Praxis 17 (1834) S. 52—64. Vgl. den Pseudo-Eustathios (*αἱ ῥοπαί* ed. C. E. Zachariae Heidelb. 1836. Cap. 25 §. 16): *Ὁ ἐρήμου ἀγρὸν ἐπιβὰς ἐντὸς δύο ἐτῶν μόνων ἐναγέσθω παρὰ τοῦ δεσπότου αὐτοῦ καὶ ἀναδιδοὺς αὐτὸν* (sc. *τὸν ἀγρὸν*) *λαμβανέτω ἃ εἰς αὐτὸν ἐδαπάνησεν.* Vangerow §. 313 Anm. In der Praxis herrscht Einigkeit über den Sinn und die Anwendbarkeit (Struben r. Bedenken 2., 2. Aufl. 1774, Bed. 73. Leyser spec. 443 med. 1) der c. 8 cit. Nur beschränkt man deren Tragweite, wol mit Recht,

auf vernachläſſigte und zugleich ſteuerpflichtige Grundſtücke. Richtig ſagt Mevius 4 decis. 162: Der Beſitzer eines verlaſſenen Grundſtücks haftet für die Laſten auch über den Belauf der gezogenen Früchte hinaus. Nach v. Rohr Haushaltungs-R. Fortſ. 3, 3 §. 10 ſollten die ſächſiſchen Gerichtsherrn Sorge dafür tragen, daß die wüſten Güter wieder an Beſitzer kommen; man verſuchte eine Verſteigerung, bevor man dem röm. R. ſeinen Lauf ließ.

Deserere iſt kein derelinquere. Dieß erkennt auch das preuß. L. R. 1, 9 §. 18 an: „Ein krankes Thier, welches der bisherige Beſitzer von ſich geſtoßen und hülflos ſich ſelbſt überlaſſen hat, wird das Eigenthum desjenigen, welcher für deſſen Pflege und Wiederherſtellung ſorgt". — Wieder verſchieden ſind verlorene Sachen. — Bei alledem iſt der Landrechtsausdruck „verlaſſene Sachen" unklar, weil man frägt, was iſt verlaſſen, Beſitz oder Eigenthum, und weil das bloße Verlaſſen des Beſitzes keine Derelikton iſt. Dagegen den Römern iſt Sache und Eigenthum identiſch. Ganz ſtreng genommen, bedeutet deserere das Unterlaſſen der Bewirthſchaftung (serere = ſäen), und dieſe eigentlichſte Bedeutung iſt in dem römiſchen Geſetze um ſo mehr anzunehmen, als ſie den wahren Grund der Beſtimmung enthält.

Jedes eigenmächtige Einnehmen eines thatſächlich leeren, rechtlich aber fremden, Beſitzes fällt, abgeſehen von dem Falle des angeführten Geſetzes, unter Juſtinian's c. 11 u. v. 8, 4.[1]) Das ältere Recht kannte hierfür weder ein Interdikt (unde vi, quod vi aut clam) noch irgend ſonſt eine Klage auf Wiedererlangung des Beſitzes, da keine auf den entriſſenen Beſitz ſich richtende Gewalt unterlag: ſomit mußte man ſich der ſchweren Eigenthumsklage bedienen. Juſtinian aber erklärt Jenen, um ſeiner Eigenmächtigkeit willen, zum Prädo, und folgert daraus eine dreißigjährige Deliktsklage auf Erſatz des Beſitzes, welche nach der Titelrubrik als das interdictum unde vi zu bezeichnen iſt. Von

1) Vgl. das Kapitulare Ludwig's des Frommen 3, 9 v. J. 819 de 47. cap. l. Salicae: De eo, qui villam alterius occupaverit: De hoc capitulo judicaverunt, ut nullus villam aut res alterius migrandi gratia per annos tenere vel possidere possit, sed, in quacunque die invasor interpellatus fuerit, ... res ... reddat, aut, si potest, juxta legem se defendendo sibi vindicet.

Eigenmacht im Sinne des Dekretum Divi Marci ist hier nicht die Rede, da diese mindestens die Prätension der Selbstberechtigung voraussetzt.

§. 20. Ein in ein fremdes städtisches Grundstück überragender Gränzbaum kann, falls der Eigenthümer ihn nicht hinwegnimmt, von dem benachtheiligten Nachbarn zum Belaufe des Ueberhanges gekappt und das so gelöste Holz mitgenommen werden: l. 1, 2 arb. caed. 43, 27. Dasselbe gilt nach §. 7 ib. zwischen bäuerlichen Grundstücken für Ueberhang fünfzehn Fuß von der Erde aufwärts. In beiden Fällen wirken wiederum Bemächtigung und Thätigkeit in der Art zusammen, daß der Eigenthumserwerb als Lohn und Entschädigung für die letztre durch das Gesetz selbst erscheint.

§. 21. Ein geistiges, literarisches und artistisches, schriftstellerisches „Eigenthum" giebt es nur im Mißbrauche des Wortes „Eigenthum"; selbst die gesetzliche Anwendung und Ausdehnung dieses Ausdrucks verpflichtet oder berechtigt uns nicht, den römischen Eigenthumsbegriff und dessen Wirkungen anzunehmen. Solches erscheint aber auch keineswegs als die Meinung dieser neuern Gesetze. Der geäußerte Gedanke, so auch die im Geisteswerk vorgetragene Gedankeneinheit, ist Gemeingut, Allen benutzbar seiner Natur nach, und also, ganz abgesehen von seiner Unkörperlichkeit, nicht Gegenstand für Privateigenthum. Vgl. preuß. L.-R. 1, 8 §. 3. Das Werk selbst in abstracto ist unkörperlich; es bedeutet das geistige Produkt aus Gedanke und Form. Wirklich trifft eine Analogie der Spezifikation zu, aber sowohl der Stoff als auch die nova species sind geistig, und ebenso verhält es sich mit dem Besten der Thätigkeit. Im praktischen Erfolge trifft das s. g. Verbietungsrecht (jus prohibendi) des Eigenthümers in unsrem Falle zu, in gewissem Sinne, nämlich: gerichtet gegen Nachdruck und Nachbildung; indessen, so wenig wie die Vertheidiger dieses s. g. Eigenthums sich getrauten, deßfalls kühn die Eigenthumsklage zuzugestehen, so wenig zwingt uns jenes Recht, ein wahres Eigenthum anzunehmen. Es ist heut zu Tage allgemein anerkannt, daß das Eigenthum nicht ein Forderungsrecht bedeute oder enthalte, welchem alle Uebrigen als Verpflichtete gegenüberständen; umgekehrt muß ein Rechtsverhältniß, in welches alle Uebrigen als Schuldner eintreten können, nicht um deßwillen „Eigenthum" bedeuten. Verlegen um

Gesetz oder wissenschaftliche Grundlage zum Schutze der Geisteswerke in deren Vermögenswerth griffen ältere Juristen und Philosophen zu subtilen Deduktionen und zum Eigenthumsbegriff — ein natürliches, ja damals löbliches Verfahren, da man auch dem unprivilegirten Verfasser billig helfen wollte, dem Rechtsgefühl folgend aber im Mittel sich vergreifend. Unter den Rechtsgelehrten unsrer Tage wird der Irrthum keinen Boden mehr gewinnen, da Bundes- und Landesgesetze jenen geforderten Schutz gewähren, und die Wissenschaft mit den Römern zum körperlichen als dem einzigen ächten Eigenthum sich bekennt. Kurz und klar resumirt diesen modernen Standpunkt M. Lange Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigenthum (1858) §§. 1—3. 5.

Vierter Titel.

Vom Sachzuwachse.[1])

§. 1. Es kann eine Sache einer andern Sache erworben werden: l. 7, 2 a. r. d. 41, 1. Dann wird sie, da Sache und Eigenthum identisch sind, dem Herrn dieser letztren Sache erworben. Denn die Sache selbst hat keine Persönlichkeit, wohl ist sie, z. B. ein Grundstück, durch Einheit ihres Eigenthümers selbst erst rechtlich als Einheit zu denken. Solche ideelle Einheit, gleichsam Individualität der Sache, ist Voraussetzung der Möglichkeit von Zuwachs zu derselben.

§. 2. Die Veränderungen des Landes durch Flußgewalt kommen als Eigenthumsveränderungen nur durch öffentliche Flüsse vor, denn nur diese bewirken, daß auch der Boden, so lange er ihr Bett ist, im öffentlichen Rechte steht: vgl. l. 1, 7 flum. 43, 12; „flumen ..... si alluvionis jus habeat“ in l. 56 pr. a. r. d. 41, 1; von l. 14 pr. quemadm. serv. am. 8, 6 wird unten die Rede sein. Bedenken gegen diese Beschränkung erhebt Gesterding Beiträge zum Wasserrecht Nr. 2, im Arch. für ziv. Praxis 3 (1820) S. 68 ff. und Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien III

1) Aus „accessionis vice“ in §. 26 J. r. d. 2, 1 haben die Neuern „accessio“ gemacht. Vgl. „in accessionis locum“ in l. 4 pr. penu leg. 33, 9.

(1830), 10 Nr. 2, wegen Alluvion und Advulsion hinsichtlich des aufgeschwemmten Landes. Auf dieses findet nun nach meiner Ueberzeugung seit dem vollbrachten „coaluisse“ der Satz „superficies cedit solo“ seine Anwendung.

Limitirtes Land, dessen Existenz übrigens für Justinian's Zeitalter bereits weggefallen ist,[1]) konnte durch Flußänderung nicht wachsen.[2]) Aber auch hier hörte das abgeschwemmte Land wenigstens auf, öffentlich zu sein: es ward frei okkupirbar (res nullius): l. 1, 7 s. c. — Anwendung auf Flußinseln: §. 6 ib. — Zweifelhaft bleibt die Entscheidung hierfür aus Alluvion und Advulsion (Anspülen und Anwälzen). — Nur dann hatte limitirtes Land Zuwachsbarkeit, wenn der Fluß selbst die, somit wandelbare, Grenze bildete. Alluvionum, circumluvionum jura zählten zu Cicero's (de or. 1, 38 §. 173) Zeit zu den Gegenständen der Kompetenz des Zentumviralgerichtshofes.

Ein Flußbett ist nur durch den Fluß öffentlich, gleichsam unfrei, wird also von selbst wieder privatrechtsfähig dadurch daß es vom Flusse verlassen wird. So läßt sich die Ideenverbindung des Gaius 2. aur. in l. 7 pr. §. 1 a. r. d. 41, 1 auffinden, wenn dieser Jurist hier von der Kriegsgefangenschaft mit Heimkehrsrecht unmittelbar übergeht zu dem Zuwachse mittelst Flußveränderung.

---

1) Mißverständniß der rechtsgeschichtlichen Bedeutung der agri limitati brachte einen Theil der deutschen Reichsjuristen zu dem praktischen Rechtsirrthum, daß, falls zwischen dem Flusse und dem Grundstücke ein gemeiner Weg liege, Privatanspülungsrecht ausgeschlossen sei. Aber die römischen Quellen haben sogar ausdrücklich hier das Beispiel der Privatanspülung und beantworten die Frage zu deren Gunsten. Vgl. den über die These nicht entschiedenen v. Cramer in dessen wetzlarischen Nebenstunden Bd. 9 (1758) Nr. 6 S. 109 ff. Andre erachteten das Anspülungsrecht als Regal, in Veraltung der römischen Grundsätze. Zuzugeben ist, daß neueres, universelles oder partikuläres — und Beispiele von Letztrem finden sich genug — Gesetz und „richtiges“ Herkommen solches Regal einführen konnte. Die Meisten schlossen die römische Theorie dann aus, wenn das Ufer mit besondren Zeichen u. dgl. befestigt und vom Privateigen abgesondert sei. Es leuchtet aber ein, daß diese Zeichen nur der Erhaltung des Flusses dienen sollten.

2) Zuweilen war zu beiden Seiten dem Flusse entlang ein Feld freigelassen für Austretungen des Gewässers: Hyginus controv. agr. in Schr. d. röm. Feldmesser 1 S. 125.

§. 3. Sofortigen Zuwachs begründet die Anſpülung (alluvio),[1]) weil ſie ſo allmählig ſtattfindet, daß man nicht entſcheiden kann, wie viel jederzeit zuwächſt: §. 1 cit. Daher redete man vulgärer Weiſe alſo: per alluvionem id adjici videri, quod ita paulatim adjicitur, ut oculos nostros fallat: Gai. 2, 70. Daher hieß adluvio: incrementum latens: §. 20 J. r. d. 2, 1. Noch deutlicher wird der Begriff durch den Gegenſatz. Wie nämlich die Anſpülung im ordentlichen, ſo beruht die Anwälzung[2]) in einem außerordentlichen Zuſtande (impetus) des Fluſſes, welcher ein einmaliges Losreißen eines Ackerſtückes bewirkte: Gai. 2, 71. So wirkt denn auch die Anwälzung (advulsio) Zuwachs erſt durch Hinüberwurzeln der auf dem angewälzten Stücke ſtehenden Bäume: l. 7. cit. §. 2. Dieſe Stelle iſt gleich §. 21 J. r. d. 2, 1, nur daß hier ſtatt meus immer vicini fundus ſteht, ſowie videntur anſtatt videtur. Nur die letztre Abweichung, kein bloßer Schreibfehler, da ſie auch bei Theophilus ſich findet, könnte eine Sinnesabweichung ergeben: demnach nämlich wüchſen die Bäume zu, nicht das angewälzte Stück ſelbſt auf dem ſie ſtehen. Aber was von jenen geſagt iſt, muß von dieſem mitgelten: zwiſchen dem Baum und ſeinem Boden kann keine Verſchiedenheit des Eigenthums beſtehen. Wir ſind ſoweit davon entfernt, mit Geſterding a. a. O. Nr. 3 S. 70—73 und Ausbeute III, 10, Nr. 3 ein Mißverſtändniß der Pandekten durch die Inſtitutionen hier anzunehmen, daß uns vielmehr die Inſtitutionenſtelle noch zu einem helleren Lichte hinführt dadurch, daß ſie neben die Pandektenſtelle

1) Die Regalität der öffentlichen Flüſſe nach deutſchem Recht ſchließt die Fortdauer des römiſchen jus alluvionis keineswegs aus: Petrus Heigius qu. juris II, 40 no. 85 sqq. (ann. 1619). Auch die gemeine Praxis erkennt die Alluvion fortwährend an (v. Wernher sel. obs. for. 1, 4, 131), ſo ſehr, daß Mevius (decisiones pars 7 dec. 301 v. J. 1726) entgegenſtehende Partikulargewohnheiten ſogar für unvernünftig erklärt.

2) Wächter im Rechtslex. s. v. Acceſſion S. 14 Note 7 will nach Donell's Vorgange Alluvion und Advulſion nicht als Fälle gelten laſſen, in welchen Unbewegliches zu Unbeweglichem trete. Aber durch Bauten, Pflanzungen und Saaten wächſt das Land als ſolches nicht; wohl durch Alluvion und Advulſion. Auch iſt in dieſen letztren Fällen das Land oberwärts oder gegenüber verkleinert: grade dieſe Landſtücke oder unmerklichen Millionen Theilchen ſind dem andern Grundſtücke, deſſen räumliche und Flächen-Verhältniſſe ausdehnend, zugewachſen.

tritt. Die Pandekten sagen: seit dem coaluisse ist das Land zugewachsen; die Institutionen erläutern: die hinüberwurzelnden Bäume wuchsen zu. Die Bäume also sind das Vermittelnde, das vinculum copulationis. Ein Widerspruch beider Stellen ist ganz unerfindlich. Die Einigung der Grundstücke ist als organische deklarirt, vgl. l. 9, 2 d. inf. 39, 2, und ist also die advulsio der plantatio parallel, wie die adluvio der satio.

Antiquirt ist das Recht der Anwälzung in neuern Gesetzbüchern. So gibt das preuß. L. R. 1, 9 §. 223 dem bisherigen Herrn ein Wegnehmungsrecht binnen Jahresfrist; ebenso das österr. G. B. §. 412 und der Code Napoleon art. 559; das bad. L. R. daselbst Zusatz b) fügt bei:

Wird der alte Ufernachbar dadurch vom Flusse abgeschnitten, so kann er eine solche verhältnißmäßige Theilung seines Bodens und der neuen Anlage verlangen, wobei ihm noch der Vortheil des Stromgenusses mit zu Theil wird.

Nach unbenutztem Ablauf des Jahres statuirt das preuß. L. R. §. 224 ein Besitzergreifungsrecht des Herrn des Hauptstückes. Hierdurch vollends ist über das römische Zuwachsprinzip der Stab gebrochen. Die nämlichen Bestimmungen bietet das L. R. dar für Land, welches auf fremdes Land geworfen wird. Auch darin ist das L. R. reformatorisch, daß die Alluvion über die eigne Gränze hinaus dem Nachbar gehören soll (§. 233), wenn sie gleich (§. 234) mit dessen Grundstück nicht zusammenhängt. Eine eigenthümliche dreijährige Ersitzung mittelst ungestörter Nutzung vermag diese Bestimmung jedoch zu entkräften: §. 235.

Meeresinseln unterliegen bei den Römern dem freien Bemächtigungsrecht, denn das Meer genießt natürlicher Freiheit und ist allen Menschen benutzbar. Anders verhält es sich mit Inseln des öffentlichen Flusses. Unrömisch ist die Begriffsbestimmung der Insel im preuß. L. R. 1, 9 §. 242:

So lange eine Erderhöhung in dem Flußbette eines Stromes bei gewöhnlichem Wasserstande mit einem gemeinen Fischernachen umfahren werden kann, ist sie eine Insel.

Antirömisch ist aber der Inhalt dieses Gesetzes keineswegs, sondern er füllt in passender Weise eine Lücke des römischen Rechts aus, eine Lücke freilich, welche bei reiner Beibehaltung des

mischen Rechtes darum nicht fühlbar sein würde, weil vom alveus derelictus genau dasselbe gilt wie bei der insula nata. Dagegen das preuß. L. R. 1, 9 §. 245 statuirt das Gleiche für Privatflüsse, und wendet hier überall das Bemächtigungsprinzip an: §. 246, soweit nicht nach Provinzialrechten Staatsvorbehalt eintritt: §. 244. Dem Römer nun ist die Insel eine Emporhebung theilweisen Flußbettes über den Wasserspiegel, sei es durch Erdbodenveränderung nämlich Anspülung an Stücke des Bettes bis dieselben über dem Spiegel stehen, sei es durch Ausbauchung und Tiefeverringerung des Gewässers. Die instruktivste Stelle über den Begriff dieser ächten Flußinsel ist des Pomponius' l. 30, 2 a. r. d. 41, 1. Diese wahre Insel nun fällt, obwohl sie kein organischer Zuwachs ist, rechtlich an die Herrn des Uferlandes, so zwar, daß

1) eine Flußmittellinie [1]) die Gränze zwischen dem diesseitigen und dem jenseitigen Zuwachs bildet. Zu allem Ueberflusse bestimmt hier das preuß. L. R. 1, 9 §. 248 noch Folgendes:

Die Breite des Flusses wird dabei nach Linien bestimmt, die von denjenigen Punkten beiderseitiger, bei gewöhnlichem Wasserstande sichtbarer Ufer, welche den beiden Enden der Insel gegenüberliegen, quer über den Fluß gezogen werden. — Und §. 249:

Diejenige der Länge nach gezogene Linie, welche jede dieser beiden Querlinien in ihrer Mitte durchschneidet, bestimmt, welchem Ufer die Insel am Nächsten liege.

Soll diese Linie eine gerade sein, so läge eine kleine Abweichung vom römischen Recht vor falls die der Insel gegenüberliegenden Flußufer selbst krumme Linien bilden. —

2) Demnächst Perpendikel, gefällt auf die Flußmittellinie von den Schneidepunkten der Ufergrenze und der Landgränzen zwischen je zwei aneinanderstoßenden Grundstücken des nämlichen Ufers und verschiedener Eigenthümer, die Zuwachsgebiete dieses einen Ufers von einander scheiden: Gai. 2, 72. — Das preußische Bemächtigungsprinzip führt hier zu folgenden Besonderheiten: 1, 9 §. 254: Will Jemand auch das Inselstück des Nachbars erwerben, so theile

1) Das österr. G. B. §. 407 zieht die Linie durch die Inselmitte, behält aber die römische Lehre dann bei, wenn die Insel ganz diesseits der Flußmitte entstand. Derselbe § behält Inseln auf schiffbaren Flüssen dem Staate vor.

er ihm dieß mit und fordre Erklärung, ob auch er seines Rechtes sich bedienen wolle. §. 255: Schon bloßes Zaudern des Nachbars ermächtigt nun den Anfragenden, die staatliche Vermittelung nachzusuchen. §. 256: Erkennt die Behörde die Zuträglichkeit der Inselnutzung für das gemeine Wesen, und sind die wiederholt aufgeforderten Mitinteressenten endlich fristmäßig präkludirt, so kann sie Jenem auch die präkludirten Antheile zueignen. §. 257: Auch ohne dieß erfolgt dreijährige Ersitzung durch Benutzung.

Ueber das römische Recht vgl. l. 7, 3 a. r. d. 41, 1, womit im Wesentlichen übereinstimmt §. 22 in. J. r. d. 2, 1. Wenn nach dieser Stelle die von der Flußmittellinie (Längenlinie) durchschnittene Insel „communis eorum“ werden soll, „qui ab utraque parte fluminis possident“, so ist dieß eine uneigentliche communio, nämlich ipso jure pro diviso: l. 29 ib.

Weder Zuwachs- noch Bemächtigungsrecht tritt ein, sondern die Insel verbleibt dem Flusse, wenn sie eine bewegliche oder schwimmende ist, wenn z. B. Erde sich ansetzt um Gebüsch u. dgl. Denn sie ist kein zusammenhängendes Stück des Flußbettes: l. 65, 2 a. r. d. 41, 1.

Keine Eigenthumsveränderung aus Inselrecht tritt ein, wenn der Fluß ein Privatgrundstück durch einen neuen Arm, welcher unterhalb in das Hauptbett wieder einmündet, in eine Insel verwandelt:[1]) l. 7, 4 l. 30, 2 ib. l. 1, 10 flum. 43, 12. §. 23 J. r. d. 2, 1. Denn diese Insel ist kein Stück des Flußbettes.

Dagegen gilt, was vom theilweisen, dasselbe auch vom ganzen Flußbett: l. 30, 1 a. r. d. 41, 1.[2]) Absorbirte der Fluß mein ganzes Grundstück und kehrt später wieder in sein altes Bett zurück, so bekomme ich nach der Konsequenz des Rechts Nichts zurück, denn weder bin ich Ufernachbar noch kann mein ehemaliges Eigenthum von selbst wieder aufleben. Sollte aber ein solcher

---

1) Circumluvio: Perez praelect. in cod. 7, 41 no. 3, ed. 1671.

2) Ist das Bett auch zur Winterszeit flußfrei, so ist diese Jahreszeit die entscheidendste. Verbleibt ein wenig Wasser, nicht perennirend, sondern zeitweise fließend, zeitweise stagnirend, so daß es nicht als flumen (publ.) gelten kann, so ist wieder alveus derelictus. Denn der Fluß gab sein Eigenthum, das Bett, auf (durch eine Art „Dereliktion“): Carpzov jurispr. for. 3, 31, 15.

Fall einmal vorkommen, so möchte, meint Gaius in l. 7, 5 ib., diese unerbittliche Logik in der Praxis kaum durchdringen. Das preuß. L. R. 1, 9 §. 271, das österr. G. B. §. 409, entnimmt die Entschädigung für die verlustigen Grundherrn vorzüglich aus dem verlassenen Flußbette oder dessen Werthe; nach §. 273 fällt dann aber das wiederverlassene neue Flußbett dem Entschädiger zu.

Bloße Ueberschwemmung ist keine Flußbettwandelung: l. 7, 6 a. r. d. 41, 1.[1]) Sie ist dann gegeben, wenn das Gewässer in dem nämlichen Andrange (impetus) auch wieder zurücktritt (abluvio; abluere kommt sicher vor in den klassischen Quellen; übrigens ist in l. 30, 3 ib. adluvio ganz richtig und nicht dafür abluvio zu lesen). Die Stelle setzt voraus, daß das ganze Grundstück des A also überschwemmt wird; es handelt sich demnach nicht um neuen Erwerb ehemaligen Eigenthums, nicht um Abluvions-Recht; des letztern bedarf es hier nicht. Die Macht des Flusses blieb eine rasch vorübergehende, darum nicht Recht wirkende, Thatsache; rein thatsächlich kann man hier das Zurücktreten des Flusses ein Anspülen nennen.

§. 4. Flußinsel und verlassenes Bett[2]) unterscheiden sich rechtlich von angespültem und angewälztem Lande. Nur dort nämlich entsteht ein neues und körperlich besondres Grundstück, daher für den Nutznießer kein Zuwachs: l. 9, 4 usfr. 7, 1. Uebrigens schließt die Motivirung dieser Stelle den Nutznießer auch von dem angewälzten Lande aus, denn nur die hier nicht vorhandene Unmerklichkeit der Anspülung soll ihm nützen. Die Anspülung also ist lediglich Mehrung (vgl. l. 33, 1 ib.), nicht nur für die Eigenthums-, sondern für jede dingliche Rechts-Frage; Anwendung auf Pfandrecht l. 16 pr. pign. 20, 1; Alluvio gehört zum Lehen: Hommel rhapsodia qu. (Baruthi 1769) obs. 438 s. h. v. Wenn also das „Ne bis de eadem re actio sit“ nach Vindikation des Hauptgrundstücks auch der

---

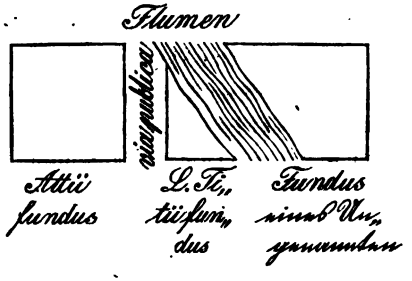
1) Ebensowenig wie das nach Jahreszeiten regelmäßig und gleichmäßig wechselnde Fallen und Anschwellen der Gewässer das An- und Abspülungsrecht in Wirksamkeit setzt: l. 12 pr. ib.

2) Für die praktische Anwendbarkeit: Carpzov jurispr. for. 3, 31, 14. v. Wernher sel. obs. for. 1, 4, 150 (1, 5, 137: auch data opera exsiccatus alveus). Leyser spec. 502 med. 6.

Vindikation der insula nata entgegensteht (l. 26, 1 exc. r. jud. 44, 2), so läßt sich dieß nicht auf die übrigen dinglichen Klagen anwenden.

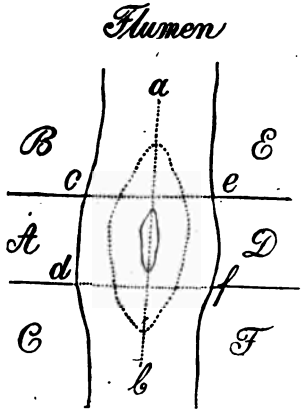
Ist also ein Wasserleitungsrecht zum Flusse vorhanden, und weicht der Fluß nach der entgegengesetzten Seite aus, so entscheidet die Frage, ob jenes Recht ihm folge, sich danach, ob er mittelst Abspülung oder aber durch plötzliches Verlassen seines Bettes auswich. Erstrenfalls folgt ihm die Wasserleitung ebenso unmerklich wie er ausweicht, letztrenfalls aber versiegt sie, denn der Zwischenraum zwischen beiden Flußbetten ist und bleibt ein selbständiges, nie der Last unterworfenes Grundstück. Daran kann der Umstand, daß dieses Zwischenland vielleicht Eigenthum jenes bisher Servitutberechtigten ist, um so weniger Etwas ändern, als ja mein Eigenthum mir nicht dienstbar zu sein vermag: l. 3, 2 aqua quot. 43, 20.

Ein öffentlicher Weg, zwischen dem Flusse und dem Privatgrundherrn belegen, hindert den Zuwachs für den letztren nicht, kann aber auch nicht, falls der Fluß Alles einnahm und später wieder zurücktritt, selbst Zuwachsgegenstand sein, ist also, weil außerhalb der Privatrechtsfähigkeit stehend, selbst aktiv und passiv zuwachsunfähig. Dieß beweist die feine l. 38 a. r. d. 41, 1:

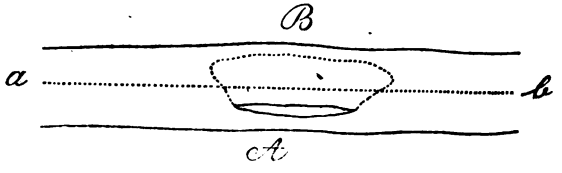


Der Fluß weicht nach links aus und zehrt zunächst das Grundstück des L. Titius, dann den Weg, auf. — „Ambedit“ trifft in seiner Bedeutung vollkommen zu, und ist überdieß sprachlich voller und schöner als „abedit“, welches letztre Wort ziemlich zweifelhaft bleibt und vielleicht dafür überall „ambedit“ hergestellt werden muß. — Endlich tritt der Fluß durch Abspülen zurück in seine alten Gränzen. So war in der erstren Periode alles rechts freigelegte Land dem Ungenannten zugefallen, in der spätren dem Attius, nur daß der Weg bleibt; L. Titius aber geht leer aus.

Wächst die Insel durch Anspülung, so gehört die Mehrung dem betreffenden Inselantheile, nicht dem gegenüberliegenden Ufer zu:



B und C, E und F gehen leer aus. — Oder:



B geht leer aus. Entscheid. des (Berl.) Obertribunals 38 (1858) Nr. 9. Und sollte gar im letztren Falle die Insel durch Abspülung von der entgegengesetzten Seite schließlich ganz jenseits der Mittellinie, dem B zu, liegen, so bleibt sie nichtsdestoweniger in ihrer Totalität Eigenthum des A. Vgl. l. 56 pr. a. r. d. 41, 1.

Hatte sich eine Insel ganz diesseits gebildet, und wandelt der Fluß nun sein Bett um, indem er ganz diesseits strömt, d. h. zwischen der bisherigen Insel und dem diesseitigen Ufer welches er vielleicht aufzehrt, den Raum zwischen der Insel und dem jenseitigen Ufer aber trocken legt, so mag A immerhin vielleicht sein ganzes Uferland einbüßen: die Insel hat für ihn Anspruch auf die diesseitige Hälfte jenes verlassenen Bettes: §. 1. ib.

Ist ein Privatwegerecht dadurch in der Ausübung unmöglich geworden, daß der Raum vom Flusse eingenommen wurde, und wurde nun späterhin durch Anspülen der Raum wieder hergestellt, so kann das Wegerecht nur dann als fortdauernd erachtet werden,

wenn der Fluß kein öffentlicher ist: dieß also ist zu ergänzen in l. 14 pr. quemadm. serv. am. 8, 6. Hatte sich mittlerweile die erlöschende Verjährung vollendet, so ist der Pflichtige verbunden, die Bestellung der Gerechtigkeit zu erneuern. — Nehmen wir an, der Fluß l. c. sei ein öffentlicher, so könnte man die Stelle vielleicht von bloßer Ueberschwemmung verstehen wollen (über diese siehe §. 24 J. r. d. 2, 1). Solche läßt sich durch die Gestaltung des eingenommenen Landes vom veränderten Flußbett wohl unterscheiden; dort nämlich tritt keine Vertiefung (alveus, Hohlweg, Wanne) ein: l. 1, 9 flum. 43, 12. Sie kann aber in l. 14 cit. kaum gemeint sein, denn sie ist kurzdauernd, es ist hernach von Anspülen die Rede, es wäre endlich keine Restitution des Rechts nöthig da wo die Restitution physisch sofort geschieht: l. 23 q. m. usfr. am. 7, 4, so wenig wie Besitzverlust dann eintritt wenn man den Dejizienten in continenti redejizirt. Lassen wir aber die l. 14 cit. von wahrem Bettwechsel reden, so stellt das Abspülen rechtlich nicht das alte Grundeigenthum, die alte Gerechtigkeit wieder her; mithin, da die l. 14 cit. hierüber entgegengesetzt sich ausspricht, so ist jene Voraussetzung unstatthaft.

Das Wandelbare in Größe und Dauer der Anspülung bestimmte die römischen Kaiser, dem angespülten Lande keinen Einfluß mehr auf die Grundsteuer zu verstatten. Denn auch wenn, z. B. der nilanwohnende, Grundherr dieses Land durch Dämme sicherte, trocken legte und fruchtbar stellte, so hat er doch, während er einerseits um das Gemeinwohl sich verdient machte, andrerseits so bedeutende Auslagen aus seinem eigenen Vermögen gehabt, daß es zu hart erschien, ihn noch mit der Steuer auch für dieses erkämpfte Land zu belasten: c. 3 alluv. 7, 41. Den durch die Flußeinwirkung mittelst entsprechender Abspülung in ihrem Grundbesitz Geschmälerten bleibt kein andrer Trost, als daß sie jetzt auch nur geringere Grundsteuer zu zahlen haben: c. 2 ib. Es ist nicht anzunehmen, daß die c. 3 in diesem Punkte der c. 2 derogiren wolle; nicht einmal wenn der bisherige Grundherr durch Eindämmung u. dgl. die Abspülung hätte vereiteln können; denn zu solchem positiven Thun verpflichtet das Gesetz ihn nirgends, noch weniger droht es ihm eventuelle Strafe an, die Grundsteuer in der alten Höhe weiter bezahlen zu müssen.

§. 5. In l. 23, 5 r. v. 6, 1 wird vom natürlichen Zuwachsverhältnisse ausgegangen, d. h. von dem körperlichen Zusammenhange von (beweglicher) Haupt- und (beweglicher) Nebensache. Dieses Verhältniß als reine Thatsache wirkt Besitzverlust und Nothwendigkeit der Lösungsklage vor der Vindikation, Letztres damit das Vindikationsobjekt klar und selbständig vorliege. Nur da wo die Verbindung als rechtlichen Zuwachs begründend anerkannt ist, erlöscht mit der Nebensache auch deren besondres Eigenthum. Solches nahm schon Kassius hinsichtlich der Anschweißung (adferruminatio) an: er sagte nämlich, wenn seiner Bildsäule durch Anschweißung ein Arm eingefügt (junctum) sei, so werde derselbe durch die Einheit des größern Stückes, d. i. der Bildsäule selbst, rechtlich aufgezehrt, und, was einmal fremd geworden sei, könne, selbst wenn wieder von da abgebrochen, zum frühern Herrn hierdurch allein nicht wieder zurückkehren. Nicht aber gelte das Nämliche von dem lediglich Angelötheten (adplumbatum), weil die Anlöthung nicht wie die Anschweißung ein Sichdurchdringen der Stoffe bewirkt (non per eandem materiam facit confusionem). Für solche Fälle daher, in welchen der ehemalige Herr des alten Stoffes weder auf Lösung noch dinglich klagen kann, ist eine in factum actio nothwendig; dieß fordert die Billigkeit; ein Beispiel, in welchem litera tabulae cedebat, enthält l. 3, 14 ad exhib. 10, 4. Freilich, wo die Einheit nur eine begriffliche ist, die Stücke ihre körperliche Selbständigkeit behalten, z. B. wenn in meine Heerde dein Widder eingemischt ist, so kann ich die Heerde, du aber kannst um Nichts weniger den Widder vindiziren. Dagegen, fügtest du meiner Statue den Arm einer fremden Statue an, so kann der Arm nicht dein genannt werden, weil das Ganze der Bildsäule körperliche Einheit ist (uno spiritu continetur).

Richtig ist der Ausspruch von Brinz Pand. S. 178: „Eine Sache, ein Eigenthum". Aber er erklärt nichts, denn es ist nicht immer „eine Sache" das Resultat jedweder Verbindung. Brinz fährt fort: „Wo (wenn die Sachen Mehrerer zu einer werden) das Verhältniß ein Akzessionsverhältniß ist, ... (S. 179) da ist die Stärke der Verbindung zwar nicht schlechthin, wohl aber in Betreff der Frage gleichgültig, ob die fragliche Eigenthumserweiterung platzgreife". Zwar sagt l. 23, 5 cit. ausdrücklich „domi-

nus vindicare non potest". Dagegen äußert sich Brinz mit Leichtfertigkeit: „Der Ausdruck darf uns nicht irre machen. Entscheidend (?) sind andre Ausdrücke (in andern Stellen), wie: vereque statuam suam dicturum, und: non posse dici brachium tuum esse". Aber diese Stellen schließen eben auch nur die Vindikation (in qua ab utroque litigantium dicitur res ipsius esse), nicht das Eigenthum aus. Die l. 44 de evictionibus 21, 2 nennt, im Gegensatze zu dem Boote, die Steuerruder, Masten, Stangen und Segel „gleichsam Glieder" des Schiffes; zu welchem juristischen Ende: das leuchtet aus der Titelrubrik ein.

Hauptsache war im Beispiele der Bildsäule der größere Theil, sonst ist es der zweck- und begriffbestimmende, was freilich bei den Stücken einer Bildsäule zu Unterscheidung nicht benutzbar ist. So akzedirt nach §. 26 J. r. d. 2, 1 der in Kleidungsstücke eingewebte Purpur, obwohl er das Kostbarere ist; so gilt der Satz „scriptura tabulae cedit" auch wenn die Buchstaben von Gold sind: Gai. 2, 77. Nur die Zuständigkeit der Diebstahls- und anderer persönlicher Klagen ist durch den juristischen Untergang des Eigenthums nicht beseitigt.

Unlösbare Einigung gleichartiger Stoffe verschiedener Herren begründet trotz Ungleichheit der Antheile keinen rechtlichen Untergang des minder werthen Antheils im werthvolleren. Denn auch der letztre Stoff ist nun ohne Selbständigkeit, beide haben einander durchdrungen. Wie also Miteigenthum zu ungleichen[1]) Bruchtheilen möglich ist, so wird es dort wirklich: l. 3, 2 l. 4 r. v. 6, 1. Dagegen der Arm der Bildsäule war schon an sich etwas Unvollständiges, zum Untergang in der Einigung Strebendes.

§. 6. Die Klage auf Lösung geht gegen den bösgläubig Einigenden. Auf die natürliche Unmöglichkeit, oder rechtliche Un-

1) Wer den größeren Theil beansprucht, muß das Amplius beweisen; im Zweifel werden gleiche Kopftheile gemacht. Leyser spec. 449 med. 3. Dasselbe gilt bei Unausscheidbarkeit der in eine Summe zusammengeworfenen Quantitäten verschiedner Herrn. Hiernach entscheidet sich der Fall des während des Spieles in unbestimmbarem Momente gestorbenen Bankspielers, der als Todter faktisch (rechtlich kann dieß nicht gelten) die Bank gesprengt hat. — Commixtio plurium patrimoniorum; Id. ib. med. 4. Z. B. Erbantritt; vollkommne Gütergemeinschaft.

erzwingbarkeit (tignum junctum: l. 1, 2 t. j. 47, 3) der wirklichen Lösung kann sich Jener, eben um seines Betruges willen, nicht berufen. Denn auch wer betrüglicher Weise aufhört zu besitzen, bessert seine Lage gegenüber dem Klagberechtigten dadurch nicht; sei es, daß er den Besitz vergab, sei es daß er die Existenz der Sache vernichtete: l. 9 pr. ad exhib. 10, 4; er wird stets so verurtheilt, als besäße er noch, sollte selbst die Sache überall nimmer vorhanden sein: l. 25, 8 h. p. 5, 3. Ebenso, falls er die Sache verschlechterte, z. B. durch Vernichtung der dem Stoffe zugewachsenen Arbeit, Einschmelzen z. B. des Silberbechers, muß er den Stoff in natura herausgeben, den Arbeitswerth in Gelde vergüten: l. 9 cit. §. 3. In all diesen Fällen ist es gleichgültig, ob der Betrug der Anordnung des Rechtsstreites vorausging: l. 27, 3 r. v. 6, 1. Also wird die Berufung des Beklagten auf Nichtbesitz oder Sachuntergang elidirt durch eine replicatio doli specialis, für unsern Fall mit der Wirkung, daß das Geldinteresse an der Lösung in die Stelle der Lösung selbst tritt. Vgl. l. 4 r. v. s. c.

Ist aber die Sache nicht in einer andern aufgegangen, sondern selbst gemehrt durch Arbeit oder auch Stoff, so geht die Vindikation auf das Ganze und wird dem bösgläubigen Beklagten die Lösungseinrede zu versagen sein, ebenso, bei unlöslicher Verbindung, die Impenseneinrede. Das Nämliche gilt von der condictio furtiva, denn deren Gegenstand ist zunächst die gestohlene Sache selbst, falls sie noch beim Diebe vorliegt. Hätte beispielsweise der Dieb aus dem gestohlenen Silber Becher gefertigt — diese sind zurückführbar —, halberhabene Kunstwerke darauf gearbeitet (caelatura, von caelum, bedingt keinen neuen Stoff), so fällt das Ganze unter die Kondiktion ohne Impenseneinrede: l. 13 cond. furt. 13, 1. War aber die Arbeit eher eine den Stoff entwerthende zu nennen, was ganz allein nach dem Geschmacke des Klägers sich bestimmt, so steht es diesem frei, lieber den Werth seiner Rohstoffe zu verlangen: l. 52, 14 furt. 47, 2. Z. B. meine Trauben stiehlt A und keltert Wein daraus; man setze, die Trauben waren zur Lese noch nicht reif, oder der Most, der junge Wein, wurden fehlerhaft behandelt. Ein andres Beispiel: A stiehlt mir einen großen Diamanten, und, um der Entdeckung zu entgehen, zerlegt er ihn und fertigt ein diamantenes Halsband. Oder er entwendet meinen ko-

kolossalen und äußerst seltenen Marmorblock, zerschneidet ihn und meißelt daraus ein ganzes Dutzend mißgeschaffener Bildsäulen. Dagegen den Ersatz des Werkes, welches ich daraus aufführen wollte und für welches ich gleich passendes Material vielleicht nirgends wieder aufzutreiben vermag, kann ich von ihm nicht fordern, außer insoweit ich dasselbe bereits begonnen oder zu den Vorbereitungen Zeit und Geld aufgewendet hatte; im Uebrigen mag ich meine Erwerbsthätigkeit andern Dingen zuwenden.

Ging meine Sache in der fremden unter ohne Betrug seitens des jetzigen Eigenthümers, so erübrigt mir bei Mangel von Betrug überhaupt, sowie bei Unbelangbarkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Betrügers, behufs meiner Entschädigung regelmäßig nur die oben bereits erwähnte in factum actio, eine in rem scripta[1]) actio in personam, beruhend auf dem, nicht allgemein positiv gewordenen, Prinzipe der unbilligen Bereicherung. Die Zulässigkeit dieser Klage beruht auf einem Nothstande („necessaria est"), sie muß also subsidiär bleiben. Als privilegium exigendi im Konkurse des besitzenden Betrügers wird sie gleichwohl zustehen, da nicht abzusehen ist, warum der Klagberechtigte dem Betrüger gegenüber in einer schlechteren Lage sein sollte als im Verhältniß zum Nichtbetrüger. — Ist die Klage aber auch zulässig gegen denjenigen gutgläubigen Erwerber, welcher das Ganze entgeldlich bekam, und dessen Eviktionsregreß gefährdet erscheint? Ubi leges non distinguunt, nec nostrum est distinguere. Z. B. auch bei der metus causa actio wird nicht so unterschieden. Wie der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache nicht solche Einrede erheben kann, so auch nicht unser wahrer Sacheigenthümer. Die Schuld haftet auf der Sache, ihr Betrag steckt vermögensrechtlich in der Sache. Das klägerische Recht ist pfandrechtsähnlich. Ein Analogon bieten die Noxalklagen. Darum formulirten ältere klassische Juristen die Klage lieber als eine utilis in rem actio, wie Varus und Nerva wegen des verpflanzten Baumes in l. 5, 3 r. v. 6, 1. So Gaius in l. 9, 2 a. r. d. 41, 1 wegen der bemalten Leinwand. Diese Formulirung ist eines der letzten Zeugnisse der gleich darauf absterbenden Fiktionenbildung; materiell aber wird

1) Vgl. l. 9, 2 a. r. d. 41, 1 vv. si is tabulas possidebat.

die in factum actio kaum einen andern Zweck und Werth gehabt haben. Denn die Notiz über jene in rem actio ist rezipirt, ja im Falle der l. 9 cit. aus besondrem unten darzustellenden Grunde selbst Name und Begriff dieser Klage bei Justinian fortlebend.

Zweck der in factum actio scheint materielle Restitution gewesen zu sein, jedoch, im Gegensatze zu dem Falle desjenigen Beklagten „qui dolo malo possidere desiit", ohne jusjurandum in litem. Vgl. l. 68 r. v. 6, 1. Ferner: ohne das den objektiven Werth, den Marktpreis übersteigende Interesse. So reden denn in der That die bezüglichen Quellenstellen regelmäßig von „pretium"; dagegen kann das „quanti res est i. e. quanti adversarii interfuit" in l. 68 cit. nur auf kulpose (nach der Anordnung des Prozesses erfolgte) Unfähigkeit des Besitzers gehen, dem richterlichen Befehle gemäß die Sache in Natur herauszugeben.

Dem ehemaligen Herrn der jetzt bemalten Leinwand ist die (utilis) Vindikatio des Ganzen zugestanden. Bietet er dabei aber nicht den Werth des Gemäldes (Impensen auf die Leinwand) an, so elidirt ihn die exceptio doli generalis, zumal seitens des gutgläubigen Besitzers eingewendet. Die Klage ist also durchaus gleichverlaufend mit der (directa) Vindikatio des Ganzen seitens des Malers; jene exceptio hat hier den Preis der Leinwand zum Inhalt. Ueber den Impensencharakter der Zuwachssache, und über dessen stete Kraft, jene Exzeption zu begründen, siehe l. 23, 4 r. v. 6, 1. Die Exzeption steht auch dem Verbindenden selbst zu, falls er gutgläubig besaß: §. 32 J. r. d. 2, 1. l. 9 pr. a. r. d. 41, 1. c. 11 r. v. 3, 32. Besaß er bösgläubig, so ist die Einrede versagt, zwar nicht geradezu, aber es kann ihm zur Last gelegt, als eigne Schuld vorgeworfen werden, daß er frivol z. B. auf fremdem Boden, den er doch als solchen kannte, baute: §. 30 J. r. d. 2, 1. l. 7, 12 a. r. d. 41, 1. Das Genauere enthält die c. 5 r. v. 3, 32: nothwendige Unkosten begründen die Einrede auch dem bösgläubigen Besitzer, nützliche lassen ihm nur das jus tollendi in dessen hergebrachten Schranken. Da nun wegen nothwendiger Unkosten der gutgläubige Besitzer sogar eine Klage, wegen nützlicher die Einrede, wegen zierender (welche dem bösgläubigen Besitzer gar keinen Anspruch verschaffen) das

tollendi jus[1]) hat, so ergibt sich, daß der bösgläubige Besitzer stets um einen Grad schlechter steht als der gutgläubige. Die c. cit. nimmt noch den Fall aus, daß der die fremde Sache wissentlich Besitzende durch seinen Aufwand „die Geschäfte des Herrn führe." Dann aber ist er entweder bloßer Inhaber oder es muß das von Celsus angeführte Beispiel untergedacht werden, daß der Herr selbst die nämliche Aufbesserung würde vorgenommen haben. — Beruhte endlich der gute Glauben des Besitzers in unentschuldbarem Irrthum, d. h. in unvorsichtiger Leichtgläubigkeit (imprudentia, arg. a. cohtr. c. 5 aed. priv. 8, 10, wo „sciens prudensque" gleich „mala fide" steht), so wird, wie Celsus in l. 38 r. v. 6, 1 elegant entwickelt, ein guter Richter nach den persönlichen und sachlichen Verhältnissen verschieden entscheiden. Würde nämlich der Kläger die nämliche Aufbesserung vorgenommen haben, so geht die Einrede bis zum Belaufe der Werthserhöhung des Ganzen, oder, falls die Unkosten niedriger waren, bis zum Belaufe dieser Unkosten. Müßte sich dagegen — der entgegengesetzte äußerste Fall — der Kläger, um den Ersatz zu leisten, von dem Nothdürftigsten entblößen, so bleibt dem Beklagten mindestens das jus tollendi, so weit es ausführbar ist und die Ausführung die Sache nicht schlechter läßt als sie vor der Aufbesserung war. Und auch dieses Minimum von Recht wird elidirt durch das klägerische Anerbieten des Geldwerthes der konkreten Ausübung jenes Rechts. Bloß zur Chikane darf es gar nicht ausgeübt werden. Ist dem Kläger die Sache verkäuflich, so muß der gute Richter, falls Jener den Ersatz weigert, dem Beklagten das Eigenthum zusprechen gegen Verurtheilung desselben in die Differenz, welche sich durch Abzug des Ersatzwerthes von dem gemeinen Preise des Ganzen ergiebt. In dieser Schlußausführung des klassischen Juristen erkennt man leicht die Anlage zu einem Theilungsverfahren, welches offenbar sich anschließt an die Collision zwischen der directa und der vorjustinianeisch bedeutsamen utilis rei vindicatio. Aus diesem Gesichtspunkte läßt die Theorie sich bequem ausführen, so z. B., wenn auch der Beklagte jene Verurtheilungssumme schwer

1) Gegenüber der Erbrechtsklage stehen die zierenden Verwendungen um einen Grad höher: l. 39, 1 h. p. 5, 3.

zu beschaffen wüßte, die öffentliche Versteigerung des Ganzen anordnen mit Theilung des Erlöses unter die Streitenden nach Verhältniß ihrer ältren Werthansprüche.

Guter und böser Glaube bemessen sich nach dem nämlichen Zeitpunkte wie in der Lehre vom Fruchterwerb: l. 37 r. v. 6, 1. Kompensation zwischen Aufwand und Frucht kann begriffsgemäß nur die „utiles“ impensae betreffen. Doch sind auch die speziell auf Fruchterzielung geschehenen „necessariae“ durch die perzipirten Früchte gedeckt. Die exceptio doli zwang den Kläger, sofort, nämlich noch vor der Anordnung des Prozesses, zu offeriren; im Unterlassungsfalle scheint die der Formel eingefügte Einrede peremptorisch gewirkt zu haben: c. 16 r. v. 3, 32. Diese Bestimmung ist bei aller Strenge verständig und anwendbar. H. z. T. also muß der Kläger, falls er die Wahrheit des Einrederechts läugnet, doch jetzt schon zugleich (in eventum) offeriren. Unterläßt er dieß, so dürfen wir nicht etwa es für besser halten, den Richter, so lange bis der Kläger offerirt hat, keine weitern Schritte thun zu lassen; dadurch würden wir nicht nur den Beklagten in eine peinlich schwebende Lage bringen, sondern auch demjenigen Kläger, welchem gegenüber jene Einrede unerweislich ist, offenbares Unrecht thun. Also muß, auch wenn der Kläger nicht offerirt, der Richter vorgehen, aber die Gefahr der beweisbaren Einrede steht beim Kläger und bewirkt in ihrer Verwirklichung dessen praktischen Eigenthumsverlust, nicht auch Verlust des jetzt ja nicht ausgeübten etwaigen persönlichen Klagerechts auf Gelderſatz des ehemals klägerischen Stoffes. — Die exceptio doli ermächtigt den Richter offiziell abzurechnen. Vgl. l. 48 r. v. 6, 1, wo „praedium, quod alienum esse apparuit“ in Verbindung mit „b. f. possessor“ nicht einen „imprudens possessor“ bedeutet, sondern nur die judicis pronunciatio secundum actorem facta bezeichnet. — Die Impensenansprüche gehen zu Gunsten des Singularerwerbers über: l. 14, 1 comm. div. 10, 3.

§. 7. Unter den Zuwachsfällen treten folgende noch als hervorragende und besonders lehrreiche Quellenbeispiele hervor, Fälle in welchen Bewegliches tritt zu Unbeweglichem: [1])

1) Antirömisch ist der Inhalt des deutschrechtlichen Sprüchwortes: „Was in des Nachbars Garten fällt, das ist sein.“ Der Satz ist vom Fruchtüber-

1) Anpflanzung, plantatio. Es entscheidet der Zeitpunkt des Wurzelschlagens. Die organische Einigung begründet Zuwachs in oberster Linie („multoque magis“: Gai. 2, 74, im Verhältniß zur inaedificatio).[1]) Nächste Voraussetzung aber ist, daß der Baumstamm, da wo er aus der Erde tritt, auf dem diesseitigen Grundstücke steht. Steht er auf dem jenseitigen, so ändert das bloße, selbst totale, Herüberwurzeln in den Eigenthumsverhältnissen Nichts: l. 6, 2 arb. furt. caes. 47, 7. Zog er sich dagegen total diesseits hin, so bewirken die jenseits theilweise verbliebenen Wurzeln nicht eine Aenderung im Rechte der totalen Transplantation: cf. l. 22 pr. qd vi aut clam 43, 24. Also ist der auf der Gränze stehende Baum (Stein) gemeinsam, falls er in beiden Grundstücken wurzelt: §. 31 J. r. d. 2, 1. l. 7, 13 a. r. d. 41, 1; gemeinsam pro diviso: l. 7, 13 cit. l. 8 pr. ib., indem die senkrecht auf der Gränzlinie gedachte Fläche, den Baum da wo der Stamm aus der Erde tritt durchschneidend, das diesseitige und das jenseitige Baumstück-

---

fall zu verstehen. Vergl. Hagemann H. B. des Landwirthschaftsrechts (Hannover 1807) S. 232. — Zur römischen Akzession fehlt der organische Zusammenhang zwischen der Frucht und der Erde, auf welche sie fiel; eine Singularität zu statuiren, fanden die Römer sich nicht veranlaßt. Dennoch scheint der deutsche Satz praktischer als das gewiß manche nachbarliche Streitigkeiten erzeugende interdictum de glande legenda. Vgl. Frontin Controv. agr. in Schr. d. r. Feldmesser 1 S. 25 f.: Et est controversiae genus quod ad solum non pertinet, de arborum fructibus. Earum, quae in fine sunt sive intra, nec ullam ad radicem habent controversiam, quotiens inclinatae in alterutram partem fructum jactaverunt, (fructus) inter adfines movent disputationem.

1) Eigenthum des Baumes ohne den Boden ist gemäß dem Satze „superficies cedit solo“ nicht anders veräußerlich, als indem man den Baum vorher entwurzelt. Sind daher wurzelnde Bäume verkauft, so hat der Käufer auch dann kein Eigenthum, wenn angesichts des Baumes und unter Erlegung des Preises die Erklärung der „Uebergabe“ vollzogen wäre; sondern erst dann, wenn er ihn wirklich gefällt hat. Dagegen die Frage, ob der wankelmüthige „Trabent“ ihn rechtlich hieran hindern dürfe, scheint mir darum zu verneinen, weil unter den angegebenen Voraussetzungen immerhin eine persönliche, wenngleich auf einmalige Ausübung beschränkte, Grunddienstbarkeit vorliegt. Diese letztre Seite der Frage übersieht Gesterding Eigenthum S. 244 ff. Sie ist aber äußerst wichtig, z. B. für Fälle des Konkurses oder der Gutsveräußerung. Offenbar verkennt jede entgegengesetzte Entscheidung auch den wahren Willen der Partheien und überschätzt den Werth des formalen Rechts.

eigenthum ſcheidet. Durch Herausnahme des Baums aus dem Boden wandelt ſich alſo das Verhältniß in ächtes, d. i. pro indiviso, Miteigenthum um, da der gedachte Theilungsfaktor auf den Baum, der aufhörte pars fundi zu ſein, nun nicht mehr von Wirkſamkeit iſt. Siehe l. 8 cit. §. 1, und beſonders l. 19 pr. comm. div. 10, 3 wo für „qua re“ „qua ratione“ zu leſen iſt; ſowie l. 83 pro socio 17, 2 welche wir der Interpunktion wegen abdrucken:

Illud quaerendum est: arbor, quae in confinio nata est, [1]) item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, an, quum succisa arbor („est“ iſt wegzulaſſen) vel lapis exemptus eius sit cuius fundus, pro ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua parte (sc. corporali) in fundo fuerat; an, qua ratione, duabus massis duorum dominorum conflatis, tota massa (sc. pro indiviso) communis est, ita arbor hoc ipso, quo(d) separatur a solo propriamque substantiam in unum corpus redactam accipit, multo magis pro indiviso communis sit quam massa. Sed [2]) naturali convenit rationi, et postea tantam partem utrumque habere, tam in lapide quam in arbore, quantam et in terra habebat.

Hatte der fremde Baum, in mein Grundſtück verſetzt, daſelbſt Wurzel geſchlagen, ſo lebt durch ſpätre Löſung das fremde Eigenthum nicht wieder auf: nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam: l. 26, 2 a. r. d. 41, 1. Das Argument iſt nicht grade das trifftigſte; beſſer wäre: „denn die Einigung war organiſch“, vgl. den Gegenſatz des eingeſtürzten Hauſes. Aber, daß es zu weit ſei, kann man ihm nicht mit Recht vorwerfen. Z. B. der Sklave, das Thier, vom gutgläubigen Beſitzer genährt, würde

1) D. h.: auf der Grenze mit dem Stamme aus dem Schooße der Erde kommt. Der unterirdiſche Theil iſt gleichſam ein nasciturus; nicht nach dieſem, ſondern nur nach jenem kann ſich die paſſive Rechtsfähigkeit des Baumes beſtimmen; die Zeugung des Baumes aus der Erde iſt eine weibliche.

2) Die letztre Annahme iſt ſtillſchweigend bejaht. Es wird fortgeſchritten zu der neuen Frage, ob gleiche Hälften, ob verhältnißmäßige Bruchtheile reſultiren, und für das Letztre entſchieden. Alſo bedeutet „sed“, daß die frühere reelle Getheiltheit, obwohl ſie nicht fortdauert, doch das Verhältniß der Bruchtheile normirt. Dieß fordert die Billigkeit, denn die Thatſache des Herausnehmens kann die Vermögensrechte nicht verletzen.

zwar auch seinen Organismus stets neubilden, jedoch nicht als Neben- sondern als Haupt-Sache im Verhältniß zu Nähr-Kraft und -Stoff. Am Klarsten würde der Gegensatz sich bilden lassen gegen die Aeußerung der c. 11 r. v. 3, 32: Domini magis segetem vel plantas, quam per hujusmodi factum solum suum facit; vgl. l. 25 pr. usur. 22, 1.

2) Einsäung, satio. Der Zeitpunkt des vollendeten Ausstreuens bewirkt schon den Beginn der Ernährung durch den Boden: vgl. Gai. 2, 75. §. 32 J. r. d. 2, 1. l. 9. pr. a. r. d. 41, 1. Mit dem römischen Satze „Omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur" steht die Parömie „Wer säet, der mähet" nicht in Widerspruch: Hommel obs. 438 s. v. Pflanzen.

Ein jus tollendi hat der gutgläubige Besitzer hinsichtlich des Angepflanzten und Eingesäeten nicht: l. 53 r. v. 6, 1.

3) Errichtung eines in die Erde gefügten Bauwerkes, inaedificatio. [1]) Dem Boden wachsen also nicht zu: transportable d. h. bloß auf der Erde stehende Gebäude: l. 60 a. r. d. 41, 1.

Nach preuß. L. R. 1, 9 §. 340 muß, wer bis an seine Gränze bauen will, dieß den Nachbarn anzeigen und ihnen mittheilen wie weit er das Gebäude vorzurücken gedenke. (§. 341:) That er dieß und ist die Linie von den Nachbarn genehmigt, aber das wirkliche Gebäude durch Zufall oder doch ohne grobes Versehen des Bauenden weiter vorgerückt, so entsteht nicht, wie bei den Römern,

---

1) Aehnliches z. B. in c. 2 serv. 3, 34: Si aquam per possessionem (Grundeigenthum) Martialis duxisti, et ante completum longum tempus ejus usus tibi (a Martiali) interdictus est, in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet cujus est possessio. — Ven. libr. 2. interd.: l. 22, 4 qd vi aut clam 43, 24: Sepulcri est non solum is locus qui recipit humationem, sed omne etiam supra id caelum. Daher, si quis projectum aut stillicidium immiserit, etiam si ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi sive sepulcri violati sive quod in sepulcro vi aut clam factum sit; vgl. l. 21, 2 id.: In opere novo tam soli quam caeli mensura facienda est. L. 1 pr. s. p. u. 8, 2: Si intercedat solum publicum, immittendi servitutem impedit, quia caelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet. — Dagegen Gesterding Ausbeute III, 11 no. 9a.: das Mährchen von der Luftsäule. Aber auch fließendes Wasser ist von Natur allen Menschen gemein, und doch ist es den Römern nicht zweifelhaft, daß der über meinen Boden fließende Bach, so lange als er hindurchfließt, mein ist.

Eigenthum des Nachbarn über das Gebäude so weit dieses die Gränze überschritt, sondern umgekehrt solum cedit superficiei unter Vergütungspflicht des Hausherrn an den Nachbarn wegen des entzogenen Bodens nach einer billigen Taxe. Das römische Gesetz scheint uns hier in verständiger Weise modifizirt zu sein.

Die Regel aber, superficies solo cedit, ist juris gentium (Gai. 2, 73. l. 2 superf. 43, 18) und im römischen Recht ebenso vollkommen anerkannt. Wenn aber das Haus als Einheit dem Grundherrn gehört, so ist das Nämliche keineswegs der Fall mit der Vielheit und Allheit des zum Hause verwendeten fremden Materials: l. 7, 11 a. r. d. 41, 1; Harmenopulos II. 1 rubr. de formis ex aliena materia factis; nur ruht die deßfallsige Eigenthumsklage dieweil das Gebäude steht: l. 59 r. v. 6, 1: Juncta quamdiu manent aedificiorum sunt. Die gemeine Wohlfahrt fordert, daß es nicht nothwendig sei, von Rechtswegen Häuser einzureißen. Die Klage auf wirkliche Lösung, sonst bei mechanischer Verbindung vorbereitend zur Eigenthumsklage, kann nicht verstattet werden. Ebensowenig ein jus tollendi. Demolirt aber der Stoffherr das fremde Haus thatsächlich, so ist er zwar strafbar und als Eigenthumsfrevler schuldig den Schaden zu ersetzen: l. 50 l. Aq. 9, 2, aber sein Material mag er nun mit sich nehmen resp. vindiziren (vgl. l. 15 pr. usufr. 7, 1). Freilich kann nach neuerm römischem Recht der Gesichtspunkt der widerrechtlichen Selbsthülfe grade für diesen Fall die Strafe des definitiven Eigenthumsverlustes bedingen. Am Unzweifelhaftesten also bleibt Obiges wahr, wenn der Zerstörer ein Dritter ist.

Ersatz der inzwischen unzuständigen Eigenthumsverfolgung bietet eine Schuldklage auf den doppelten Werth. Der Herr des Materials begnüge sich mit diesem reichlichen Ersatz oder er warte: §. 29 J. r. d. 2, 1. l. 7, 10 a. r. d. 41, 1. Wer aber wissentlich [1]) in fremdem Boden baut, verliert sein Material, z. B. die caementa, d. s. die Bruch- und Mauer-Steine, freiwillig; [2]) also bleibt dieser

1) Dieß ist nicht betont in l. 23, 7 und l. 39 pr. r. v. 6, 1. Aber die Stellen stehen auch nicht im Titel über Eigenthumserwerb, sondern in dem über Eigenthumsklage.

2) Unlösbar widerspricht, außer für den Fall des Schenkungswillens des Bauenden, Antonin's c. 2 r. v. 3, 32. Nicht entscheidend ist desselben

Verluſt ein definitiver trotz ſpäterer Zerſtörung des Hauſes: §. 30 ib. l. 7, 12 a. r. d. 41. 1.

Der Satz „superficies solo cedit“ paßt auch wenn A auf das Haus des B ein Stockwerk ſetzt: l. 28 ib.

§. 8. Nicht kann die Beſtimmung über Haupt- und Neben-Sache im Eigenthumszuwachſe aus folgender Stelle entnommen werden:

l. 29 aur. leg. 34, 2 (aus Florentin's Inſtitutionen:) pr.: Si quando alterius generis materia auro argentove injecta sit, si factum aurum vel argentum legetur, et id, quod injectum est, debetur. §. 1: Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudine (consuetudinis: Flor.) patris familias aestimandum est.

Wir müſſen nämlich ſachlichen (organiſchen) Zuwachs und geſchäftliche (perſönlich willkührliche, höchſtens mechaniſche) Begriffsumfaſſung unterſcheiden. Jener ſetzt ein uno spiritu (totum) continens voraus, in welchem das Zuwachſende etwa als Glied aufgeht: l. 23, 5 r. v. 6, 1 (Statue, und Arm von fremder Statue); ein ἡνωμένον (unitum), wie Menſch, Balken, Stein. Dagegen die geſchäftliche Begriffsumfaſſung trifft ſelbſt bei dem ex distantibus constans zu, z. B. bei „Heerde“; nur ſie eruirt aber auch aus mechaniſcher Verbindung (συνημμένον, connexum): l. 30 pr. u. 41, 3. Alſo paßt auch auf letztren Fall die Bezeichnung als (rerum) universitas, z. B. aedificii: l. 7, 11 a. r. d. 41, 1. Dieſe Geſammtheit des Hauſes iſt Zuwachs zum Boden, rechtlich unbeweglich, aber auch, als bloß mechaniſches Ganzes, ſonſt unfähig,

---

Kaiſers c. 2 serv. 3, 34: Si aquam per fundum alienum duxisti, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas, quum opus, quoad in eadem causa manet, ad dominum fundi pertineat. — Harmenopulos gibt nach Zerſtörung des Hauſes die Eigenthumsklage trotz des böſen Glaubens. — Die gemeine Praxis ſtatuirt auch gegenüber dem bösgläubigen Erbauer die Verpflichtung des Grundherrn, dem Erbauer die Auslagen zum Belauf ſeiner Bereicherung zu erſetzen (Leyſer spec. 447 med. 1); dieß aber reduzirt ſich auf den Belauf der nothwendigen Auslagen, falls der Grundherr den Bau verbot (med. 5 ib.). Schadet das Gebäude dem Herrn nicht unbedeutend, ſo kann dieſer die Wegnahme (med. 7 ib.) verlangen, andrenfalls Geldentſchädigung: hier iſt untergedacht, daß ein Bau die Grenze überſchritt (med. 8 ib.).

einheitlich und selbständig Eigenthumsgegenstand zu sein: l. 23 pr. u. 41, 3.

Organischer und mechanischer Zuwachs sind gleichmäßig umfaßt in folgender Stelle:

l. 26, 1 a. r. d. 41, 1 (Servius, Labeo, die Praxis durch Prokulus beglaubigt; Referent: Paulus): In quibus propria qualitas rei spectaretur, si quid additum erit, toti cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus (Boden, Unterschaale) aut ansa (Henkel), lecto fulcrum (Polster), navi tabula, aedificio caementum; tota (d. s. die universitates als solche, nicht nothwendig auch die unterliegenden Einzelsachen) enim eius sunt cujus ante fuerant (d. h. nur: der Eigenthümer des Schiffes, Hauses ꝛc. verliert dadurch sein Schiff- ꝛc. Eigenthum nicht, tritt nicht in bloßes Miteigenthum oder dgl. zurück).

In all diesen Beispielen würde die nicht berührte Frage über den Erwerb des Zuwachses zu selbständigem, d. h. auch nach spätrer Wiederlösung fortbestehendem Eigenthum abhängen lediglich von der Art und innern Stärke der Verbindung.

Gleicher Bedeutung mit l. 26, 1 s. c. ist l. 23, 2 r. v. 6, 1: Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adjecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum (kleines signum, Statuette), aut mensae pedem, dominum ejus totius rei effici, vereque „statuam“ suam dicturum et „scyphum“ plerique recte dicunt.

Auch hier steht nicht, der Eigenthümer der Statue werde unbedingt Eigenthümer des angefügten Armes. Nur vermag er, nach wie vor, die Statue zu vindiziren; die Vindikation ist eben auch ein Geschäft (actio). Wird dagegen mein Rohmaterial mit dem gleichartigen deinen durch dich selbst organisch verbunden, so entsteht stets nur Miteigenthum — es fehlt an der begriffsvorwiegenden Hauptsache: l. 27 pr. a. r. d. 41, 1;[1]) bei mechanischer Verbindung wird Keinem die Vindikation des Ganzen zustehen, sondern Jedem nur die Lösungsklage und demnächstige Vindikation

1) Commixtio und confusio sind synonym: Dirksen s. vv. commiscere, confundere. Leyser spec. 449 med. 1. 2.

des gelösten Seinigen. Andrerseits kann, im obigen Fall der Statue ꝛc., der, aus lösbarer Verbindung verbleibende, Eigenthümer des Arms gegenüber der Vindikation der Statue seine auch sonst zuständige Lösungsklage als Einrede gebrauchen.

Jene Entstehung von Miteigenthum ist auch gemeint in l. 27 cit. §. 2 von den Worten „Sed si neutra alteri accessioni est“ an, wo das „suam cujusque manere“ mit der Umwandlung des selbständigen in Bruchtheils-Eigenthum wohl verträglich ist, da nur der Gedanke an Spezifikation dadurch zurückgewiesen werden soll. Der vorhergehende Theil der Stelle zeigt, daß im Zweifel, bei ächter Akzession, der kleinere Stoff[1]) als der bloß zierende, d. i. als Nebensache, bei gleicher Größe der kostbarere als Hauptsache gelten soll. So hat die Stelle durchweg einen wohlbegründeten Anspruch auf praktische Gültigkeit.

Was als Komplex von Nebensachen mit einer Waare gekauft sei, ist eine von der des Eigenthumszuwachses durchaus verschiedne Frage. Ebenso: was mitvermacht sei, obwohl hier nach gleichen Prinzipien wie in der Eigenthumslehre, nur in potenzirter Anwendung, entschieden wird. Z. B. l. 4 pr. penu leg. 33, 9: Quod liquidae materiae sit, quia per se esse non potest (im geschäftlichen Sinne angewendet), rapit secum in accessionis locum id sine quo esse non potest; vasa rell. — Entsprechend heißt es nämlich vom Eigenthumszuwachse in l. 23, 3 r. v. 6, 1: necesse est ei cedere id, quod sine illa re esse non potest. — Nur sind dort Haupt- und Nebensache umgekehrt. — Das Prinzip der l. 23, 3 cit. ist das oberste zur Bestimmung der Hauptsache in ächter Akzession, demnächst folgt die Rücksicht auf major dignitas, wonach z. B. eine Immobilie nie einer Mobilie zuwachsen kann; diese Dignitätsfrage ist durchaus verschieden von der Kostbarkeitsfrage: arg. l. 44 pr. aed. ed. 21, 1. Das dritte Prinzip erst ist die Rücksicht auf die äußre Größe, das vierte und letzte (arg. l. 19, 20 aur. leg. 34, 2. l. 44 pr. cit.)[2]) die Rücksicht

1) Vgl. l. 23, 5 r. v. 6, 1: unitate majoris partis consumi (Statue, Arm). l. 19, 13 aur. leg. 34, 2. l. 44 pr. aed. ed. 21, 1.

2) So kann man die geringere Hauptsache um der kostbarern Nebensache willen kaufen, z. B. ein Haus propter marmora et statuas et tabulas

auf Kostbarkeit. Die Beispiele in l. 19, 13 sqq. aur. leg. 34, 2 reden nur von mechanischen Zusammenfügungen, sind also nur für die Vindikation des „Ganzen" durch ihre Entscheidungen über Haupt- und Nebensache von Wichtigkeit. Bloßer Zierrath des metallenen Geräthes ist die eingeschlossene Gemme: §. 13 ib.; ebenso gehört der Tischaufsatz in Kranzform, der auch mitunter edlen Metalles war, zum Tische, sowie die Gemme zum Aufsatz: §. 14 ib. Zierrath kann die Perle zum Golde sein, aber auch umgekehrt: §. 15 ib.; gleicher Weise verhält es sich mit Steinen in Ringen: §. 16 ib.; der Römer unterschied gemmae (leuchtend), lapilli, margaritae, murrhae (eine Art Porzellan).

Bessert Jemand ein Schiff mittelst fremder Stoffe aus, so bleibt das „Schiff" sein. [1]) Erbaut er dagegen ein Schiff aus fremden Stoffen, so wächst, da Spezifikation nicht vorhanden ist, die Arbeit dem Hauptstoffe zu: der Herr des Kiel's wird Herr des „Schiffes": l. 61 r. v. 6, 1. [2]) Vermachte ich „mein Schiff": so liegt in einer durchgängigen Umwandlung aller Theile (refectio),

---

pictas: l. 34 pr. c. e. 18, 1, ohne daß dadurch Haupt- und Neben-Sache sich umkehrten. Die drei obersten Prinzipien sind sachlich, das der Kostbarkeit ist absolut persönlich; kaufen wir eine Sache um ihrer Nebensache willen, so ist dieß an sich nur individuell persönlich; unsre Affektion vermag auch die minder kostbare für uns, nicht aber absolut oder gar sachlich, zur Hauptsache zu erheben. Unsre Affektion verleiht der Sache keine neue Eigenschaft; Kostbarkeit ist wenigstens vermögensrechtlich, wenn auch nicht physisch, Eigenschaft einer Sache.

1) Der frembe Stoff kann mittelst Lösungsklage und Vindikation zurückverlangt werden; dagegen loses Beiwerk, Takelwerk, Jolle u. dergl. sind selbständig und unmittelbar vindizirbar: l. 3, 1 r. v. 6, 1.

2) Bangerow S. 643 (§. 310 Anm.) erklärt diese Stelle als sabinianisches Ueberbleibsel für unpraktisch. Aber es ist nicht richtig, daß Justinian die sab. Ansicht mehr als die prokulianische verworfen habe. Placuit media sententia! §. 25 J. r. d. 2, 1 hat den Fall nur unter den (unentschiedenen) Schulbeispielen der alten Streitfrage. Einzig gefährlich ist also des Paulus' l. 26 pr. a. r. d. 41, 1 (titulus ex professo): Si meis tabulis navem fecisses, tuam „navem" esse, quia cupressus non maneret, sed cupresseum corpus fieret. — Aber hier war vorher noch gar kein Kiel fertig. In l. 61 dagegen ist nur gesagt: der Herr des Kiel's werde Herr des Schiffes. Also ist das Zimmern des Kiels in der That Spezifikation, nicht aber die Aufführung des Schiffes auf dem Kiel: die letztre ist Akzession.

so lange der Kiel der nämliche bleibt, keine Umschaffung, sondern das (Vindikations-) Legat bleibt aufrecht: l. 24, 4 leg. 1.

§. 9. Die Schrift tritt zu dem beschriebenen Stoffe, denn ohne ihn ist sie undenkbar: l. 9, 1 a. r. d. 41, 1. §. 33 J. r. d. 2, 1. Singulärer Weise wächst die Leinwand u. s. w. dem Gemälde zu: l. 9 cit. §. 2. Gaius äußert hier keinen Grund; Paulus in l. 23, 3 r. v. 6, 1 erwähnt diese Ausnahme nur um sie in thesi zu verwerfen. Aber sie ist rezipirt: §. 34 J. r. d. 2, 1. Justinian meint, es sei „besser", die Ausnahme zu sanktioniren, denn es sei „lächerlich, daß ein Gemälde des Apelles oder Parrhasius der wohlfeilsten Leinwand zuwachse." Vix idonea ratio! Vgl. Gai. 2, 78. Gaius, mitten im Streite lebend, schloß sich in Annahme der Singularität der Mehrheit der Juristen, und seinen Lehrern insbesondre, gegen seine eigne bessere Ueberzeugung an; er verwirft alle ihm vorgehaltnen Gründe als untüchtig, ohne übrigens einen zu nennen. Es scheint, daß die Meister beider Hauptschulen in Aufstellung der Singularität mit einander einig waren, denn Labeo bei Paulus in l. 26, 3 a. r. d. 41, 1 läugnet, daß ein Bepurpurn fremden Stoffes das fremde Eigenthum erlöschen mache, und zwar leugnet er dieß aus dem von Paulus angenommenen Grunde, weil der Stoff ebensogut in eine Flüssigkeit zufällig hineinfallen und sich so färben könne; so wenig wie Dieß, so wenig könne Jenes das Eigenthum ändern. Offenbar liegt hierin der tiefere Gedanke, daß jene Handlung kein menschliches Kunstwerk ist wie ein Gemälde — Nichts, was Natur oder Zufall nicht gradesogut erzeugen könnten. Der Grund ist an sich weder der trifftigste — denn z. B. auch der eingewebte, obwohl kostbarere Purpur ist Nebensache: §. 26 J. r. d. 2, 1 —, noch paßt er dem Paulus als ein origineller, da Paulus auch das „picturae cedit tabula" verwirft. Er fand ihn bei'm Labeo und adoptirte ihn ohne die Ideenverknüpfung durch welche er bei Labeo Bedeutung hatte.

Gegen Justinian läßt sich sagen: nicht jeder Maler ist ein Meister wie Apelles u. s. w., nicht jede tabula ist gegenüber der Malerei von verschwindender Werthkleinheit. Und selbst Justinian verwirft die Kostbarkeit als regelmäßigen Maaßstab. Die Vertröstung auf die utilis rei vindicatio macht die Sache nicht anders,

denn, das Ganze zu behalten, dieſes Recht hat denn doch der Maler oder ſpätre Erwerber des Gemäldes, falls er nur den Preis der Leinwand erſetzt; erſt wenn er dieß nicht will oder kann, vermag das Darreichen des Gemäldewerthes dem Herrn der Leinwand das Ganze zu verſchaffen.

Die Leinwand iſt werthlos gegenüber dem Gemälde. Hat alſo der bemalte Stoff eine ſelbſtändige Bedeutung, erfüllt ſchon an ſich den Zweck, bildet für ſich ein fertiges Werk, ſo hat es bei der Regel ſein Bewenden, d. h. dann iſt die Malerei Nebenſache, z. B. die Muſivmalerei auf Trinkſchaalen: vgl. l. 7, 2 ad exhib. 10, 4. Ueber die Eigenthumsfrage an Daguerreotypbildern vgl. v. Madai ziv. Abhh. Nr. 2 im Arch. f. ziv. Prax. 26 (1843), 8, 2 S. 212—218. Ein Daguerreotypporträteur kaufte gutgläubig vom Nichteigenthümer, ja vom Diebe, Silberplatten, präparirte ſie kunſtgemäß und nahm auf dieſelben Porträts auf. Der Stoffherr vindizirt. Umſchaffung liegt nicht vor; das Bild iſt wieder zu vertilgen und ſo kehrt die Platte in ihren alten Zuſtand zurück. Das Präpariren der Platte iſt kein Malen, die Daguerreotypliniſe kein Maler. Fremder Schwamm wird nicht dadurch mein, daß mein Brennglas ihn entzündet. Der Porträtirte iſt nicht Herr des Bildes; ſeine Aſſiſtenz war paſſiv und mechaniſch. Madai wünſcht, daß neuere Geſetzgebung dem Daguerreotypiſten die Benefizien des Malers gebe; ich halte ihn durch ſeinen Anſpruch auf Erſatz der Werthdifferenz für ausreichend geſchützt, denn er hat ja bis dahin auch Retentionsrecht am Ganzen. Das Mißverhältniß zwiſchen dem Werthe der Platte und dem des Porträts iſt nicht ſo ſchneidend wie bei ächten Gemälden, das Porträt nicht menſchliches Kunſtwerk: dazu fehlt vor Allem die Reproduktion einer eignen künſtleriſchen Idee, welche, obwohl nur gleichſam als Reflexidee, auch bei Porträtgemälden in der That vorhanden und im Bilde ausgeprägt iſt. Auch Lithografien u. dgl. ſind den „picturae“ aus dieſem Grunde gleichzuſtellen. L. G. u. O. A. G. Wolffenbüttel 1835. 1836. bei Seuffert 9, 127.

§. 10. Quantitäten, wie Heerden, Getraidehaufen, ſind nur Begriffsſachen: alſo kann, falls ſie aus gleichartigen Einheiten verſchiedener Herren gebildet ſind, von Zuwachs dabei keine Rede ſein;

ebensowenig aber entsteht, außer wenn die Mischung auf Willenseinigung der Stoffherren beruht, Miteigenthum, da vielmehr jedes Einzelnen selbständiges Eigenthum fortdauert. Nur ist bei Unausscheidbarkeit, d. h. bei individueller Unerkennbarkeit der einem Jeden gehörigen Einheiten, die Vindikation eine Quantitätenvindikation: §. 28 J. r. d. 2, 1: competit singulis in rem actio in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse: l. 5 pr. r. v. 6, 1.

Die „Heerde" ist verschieden von der Summe der einzelnen Thiere; sie ist nur logisches Abstraktum aus dem Konkreten dieser Summe. Wer die Heerde, wenn gleich aus lauter fremden Thieren, zuerst bildet oder später erwirbt, kann sie vindiziren: l. 1, 3 r. v. 6, 1. Nicht sind die Thierherren Miteigenthümer der Heerde: l. 2 ib. Dagegen steht jenes angebliche Heerdeeigenthum der Fortdauer ihres körperlichen Eigenthums nicht im Wege: l. 23, 5 ib. Endlich bleibt die Heerde die nämliche, wenn gleich die darin befindlichen Thiere, auch z. B. durch Ankauf neuer zu Ersatz von Verlusten alter, wechseln: l. 3 pr. ib.

§. 11. Mischt A den Wein des B mit dem Honig des C, so entsteht eine Spezifikation. Mischt er unlösbar das Erz des B mit dem Golde des C, so gilt das Nämliche, obwohl des Pomponius' Ansicht über Theileigenthum der Stoffherrn von Ulpian und Justinian in l. 5, 1 r. v. 6, 1 ohne Widerlegung aufgenommen ist, ja sogar Ulpian selbst den seltsamen Grund ausspricht: „quia utraque materia, et si confusa, manet tamen": dieß grade, fügt er bei, verhalte sich bei obiger Flüssigkeitenmischung entgegengesetzt. Nun ist aber jener Grund in sich falsch und anderswo als falsch entschieden in einer Weise, welche für die wahre justinianeische Auffassung keinen Zweifel übrig läßt. Wir können aber auch einen Grund zur Aufnahme der l. 5, 1 cit. in die Kompilation nachweisen. Diese Stelle nämlich widerlegt zunächst mit Recht den Irrthum, als begründe jene Flüssigkeitenmischung ebenfalls nur ein Miteigenthum der Stoffherren; und auch ihr übriger Inhalt bleibt wahr für konsentirte sowie für kasuelle unlösbare Konmixtion: §. 27 J. r. d. 2, 1. l. 7, 8. 9. a. r. d. 41, 1. Die l. 12, 1 a. r. d. 41, 1 redet von lösbarer Verbindung, und sagt — hierin ganz übereinstimmend mit dem justinianeischen Recht —: Miteigenthum er-

wachse daraus nicht; freilich ist hier wiederum der Fall von Konsens auf Begründung von Miteigenthum auszuscheiden.

Nur Fälle mechanischer Verbindung — Gemme in Gold, Statuette am Leuchter, Balken in der Hauswand — umfaßt l. 6 ad exhib. 10, 4 und versagt für das letztgenannte Beispiel auf Grund des bekannten zivilen Ausnahmsgesetzes die sonst passende Klage auf Lösung. Anwendungsfälle der Klage auf Grund der Regel bietet das Rad am Wagen: l. 7, 1 ib., die Tafel am Schrank oder Schiff, der (lösbare) Griff am Gefäße, Musivmalerei (gebildet durch lösbare Bekleidung mit andrem Stoffe) der Trinkschaale, endlich der Arm der Statue falls die Verbindung nur ein Ankitten (coadunatio) und darum ohne Versehrung der eigentlichen Stücke, die nicht einander durchdringen, durch einfache Wegnahme des Bindemittels wieder zu entfernen ist: §. 2 ib. Dem Ankitten steht also das Anlöthen gleich; dieser plumbatura ferruminatio als unlösbare Verbindung entgegenzusetzen, beruht übrigens auf einem handgreiflichen Irrthum, da das ferrumen selbst ein, und zwar eisenfester, Kitt ist.

Fünfter Titel.

Von der Eigenthumsübergabe.

§. 1. Eine altbürgerliche, ursprünglich zur Vollziehung des Verkaufgeschäftes für gewisse[1]) Waaren dienende, Form der Eigenthumsübergabe war die Manzipation. Sie forderte die Fähigkeit der Partheien, einander nach römischem Rechte verkaufen und von einander kaufen zu können (commercium). Diese Fähigkeit stand außer den Römern selbst auf Grund der alten Isopolitie den Latinen zu und wurde auch auf die sonst schlechter gestellten künstlichen Latinen prinzipiell erstreckt, dagegen der Peregrine konnte sie nur durch Privileg erlangen: Ulp. 19, 4. 5.

Kaufen und nehmen (emere) treten hier noch ungesondert hervor. Aehnliches finden wir in ältren deutschen Rechtsquellen. In der Blume des Magdeburger Rechts 1, 83 (Homeyer Richt-

1) Auch Nec Manzipi Res waren quiritarischen Eigenthums fähig: Savigny z. Schr. 5 (1825), 6. Vgl. Mayer das. 8 (1835), 1.

steig 1857 S. 346) beruft sich der Eigenthumskläger nur auf seinen redlichen Kauf von dritter Hand. Unter den Arten, wie fahrende Habe in unsre Gewere kommt, giebt der Richtsteig selbst Kap. 11 §. 2 (S. 121) an, daß wir sie kaufen. Nach Kap. 26 §. 5 (S. 184 f.) geht im Grundbesitzstreit (uti possidetis interdictum duplex retinendae possessionis) Derjenige, welcher geerbt zu haben behauptet, dem bloßen Käufer vor; vgl. auch Blume u. s. w. 1, 122 (S. 348). Darüber, daß die Nennung und Sistirung des Verkäufers (auctoris laudatio) seitens des Beklagten den Letztren aus dem Handel zog, Jenen zum Beklagten stempelte falls er nur den Verkauf zugab, siehe Richtsteig Kap. 13. Nach Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 555 Anm., bedeutet das gothische „saljan" als Transitivum „dare, tradere, vendere."

Das Nehmen ist die den Erwerb schließende Handlung. Da das Geben vorausging, so ist mancipio emere gleich mancipio accipere. Für das präzedente Geben steht mancipio dare,[1]) auch „venum dare", zusammengezogen in „vendere." Lege vendere für mancipare hat Plautus, mercator 2, 3, 113; im vorhergehenden Verse steht „mancupio accepi." Die Einseitigkeit des mancipare ist schärfer betont in dem neuern synonymen „emancipare", z. B. Plinius epist. 10, 3, testamentum per familiae emancipationem bei Gellius 15, 27, bei der alten in adoptionem datio: Justinian in c. 11 ad. 8, 48. Vom Gegenstande heißt es „venum it" = venit. So wäre venum das Supinum eines veralteten, freilich nothwendig sehr anomalen, Zeitwortes. Es existirt zwar ein Hauptwort venus, Verkauf, wovon Tazitus einen Dativ (und Ablativ?) „veno", und Apuleius einen andern Dativ „venui" bildet; sonst scheint das Wort unerhört. Denn „venum" in „venum ire" als Akkusativ zu nehmen, ist sprachlich und sachlich unmöglich. „Venum dare" steht besonders häufig vom Verkaufe der Kriegsgefangenen, und in den 12 Tafeln „Si pater filium rell." vom Manzipiren des Hauskindes; Böcking §. 73 Note 9.

---

2) Vgl. „man-dare" = Gewalt geben, Christiansen R. G. (1838) S. 150, und dazu die Worte des Familiä Emptor bei Gaius 2, 104 „Familiam pecuniamque tuam endo mandatelam .... meam (esse) aio" ....

Da das altrömische Recht keinen besondern Eigenthumsvertrag hatte, so mußte das Kaufgeschäft als Form auch da zur Eigenthumsübertragung herhalten, wo kein wahrer Preis eintrat; vgl. den familiae emptor bei Gaius 2, 103. Eine solche Manzipation geschah und hieß „dicis gratia“ (das. §. 104) oder „imaginaria“ venditio; Formen, dem testamentum per aes et libram entstammt, hat noch das justinianeische Testament: §. 1 J. test. ord. 2, 10. Vor Gaius' (2, 252) Zeit wurde der Universalfideikommissar durch Empfang aus Restitution der Erbschaft an ihn weder heredis noch legatarii, sondern vielmehr emptoris loco, denn damals war es Sitte, daß der Erbe ihm die Erbschaft dicis causa[1]) „nummo uno“ verkaufte,[2]) mit den bekannten gegenseitigen Stipulationen wegen der ausstehenden Aktiven und wegen der Passiven. Es ist wol nicht zu bezweifeln, daß jener Verkauf eine Manzipation aller corpora hereditaria bedeutete. Da ferner die in jure cessio des Nießbrauchs seitens des Nutznießers an einen Dritten unstatthaft ist, so diente zur Veräußerung der Ausübung des Nießbrauchs, in Fällen ohne Preis, wiederum eine venditio nummo uno, die hier jedoch keine Manzipation gewesen sein kann: l. 66 j. dot. 23, 3. Ob jene in jure cessio nicht wenigstens als einseitiges Aufgeben, also Consolidation beim Eigenthümer wirke, ist streitig zwischen l. 66 cit. und Gaius 2, 30. Auf Seite des Letztren steht indeß §. 3 J. usfr. 2, 4: cedendo extraneo nihil agit. Böcking §. 164 Note 19 freilich läugnet die Antinomie, indem er die Worte der l. 66 cit.

> — diximus, ... si (ususfructus) extraneo cedatur, ... nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum —

gemäß einer alten Ansicht so auslegt:

Die Consolidation erfolgt mit dem Tode u. s. w. des ursprünglichen Nutznießers als wäre keine In Jure Zession vor sich gegangen.

---

1) Eine fingirte Manz. ist die sestertio nummo uno: Marini, papiri, annotazioni no. 114 not. 18.

2) Schenkungen sestertio nummo uno siehe bei Orelli inscr. II (1828) no. 4358. 4567. 4947.

Es wird so ein gewaltiger Nachdruck auf das Futurum „reversurum“ gelegt, und überdieß noch Manches in die Stelle hineingedeutet. Denn sie sagt doch nur, der Nießbrauch werde im Eigenthum wieder aufgehen. Nicht giebt sie auf das Wann eine Antwort. Das Futurum bezeichnet denkbarer Weise die Wirkung der In Jure Zession, da durch dieselbe der Zessionar Nichts erwirbt. Denn dieser beiden letztren Umstände ist im Präsens gedacht. Auch ist es aus einer mehr formellen ältren römischen Rechtsanschauung über Veräußerung, durch Anwendung von „utile per inutile vitiari non debet“, hier wie anderswo leicht erklärlich, daß die Meinung Vertheidiger fand: Könne der Erwerb sich nicht verwirklichen, so müsse doch die jenseitige Entäußerung verzichtgleich wirken, da der Grund und Zweck (ratio) des Aufgebens eines Rechts durch seine Defizienz nicht das Vorhandensein der Thatsache des Aufgebens als einer persönlichen Willensthat zu ändern vermöge. Denn gewiß ist, 1) daß man einen Nießbrauch auch ohne In Jure Zession an den Sachherrn verlieren kann, 2) daß dieser Verlust aus dem Willen des Nutznießers heraus zur That zu werden vermag. Nun hielten es aber die tüchtigsten römischen Juristen für undenkbar, eandem esse causam cuiquam et amittendi et recipiendi: Ulpian in den Vat. fragm. §. 75, einer Stelle, welche zugleich, bei der Theilbarkeit des Nießbrauchs, die Möglichkeit der In Jure Zession eines Theils des Nießbrauchs, d. i. der Sache quoad usumfructum, zeigt. — Daß die In Jure Zession an einen Dritten auch nicht die Ausübung überträgt, liegt in der Inkongruenz der Ausübung mit der auf das Recht lautenden Intention. Die confessoria actio hieraus ist unmöglich, also auch durchaus unwirksam. Die Ausübung, das bloße uti frui, ist etwas rein Thatsächliches: l. 1 pr. qu. dies usfr. leg. ced. 7, 3; die In Jure Zession kann nur ein Recht zum Gegenstande haben. Trotz der angewendeten In Jure Zession, nämlich aus der materiellen Willenseinigung und formlosen Willensvollziehung, freilich kann die Ausübung übergehen. Nur koexistirt in dem auf Rechtsübergang gerichteten Willen nicht eventuell nothwendig und selbstredend der andre auf Uebergang der Ausübung gerichtete. Indessen, wenn nur die zivile Form fehlte, so erwächst dem materiellen Rechtserwerber

als Rechtsbesitzer gegen die confessoria actio doch mindestens eine doli — quasi rei venditae et traditae — exceptio auf Grund des vollzogenen Geschäftes.

Wenn Böcking a. a. O. endlich die Worte der l. 66 s. c. „nihil ad eum transire“ gleichbedeutend mit dem „nihil agi“ der andren Stellen auffaßt, so ist dieß eine keineswegs scharfe Auslegung, indem jene Worte nicht alle Wirkung, insbesondre nicht die des diesseitigen Rechtsverlustes, absprechen; im Gegentheil würden wir, falls dieses dennoch der Sinn sein sollte, die Ausdrucksweise zu rügen haben, was gegenüber klassischen Quellenzeugnissen nie ohne großes Bedenken ist.

Wir sahen, daß die Form des Verkaufgeschäftes Anwendung fand zur Eigenthumsübertragung auch ohne Kauf. Dazu brauchte nur der Preis ein scheinbarer zu werden. Wo aber auch kein Eigenthum übergehen soll, da ist die ganze Manzipation Schein und leglich Form. So beispielsweise in der Koëmption: Gai. 1, 113. So überhaupt in allen Manzipationen von hausunterthänigen Ehefrauen, von Hauskindern (behufs Emanzipation, Noxä Dation u. dgl.). Denn überall ist hier auch die Waare keine wirkliche, da sie nicht res ist. Den Worten des emptor nach figurirt der Freie hier stets als Sklave mit „ex jure Quiritium meum esse aio“: Gai. 1, 119 cf. 120. Diese lediglich formelle Natur hatte die Manzipation aber auch bei der Testamentserrichtung: Ulpian 20, 2. Denn weder ist das Erbrecht ein Eigenthum, noch war in dem jüngern Rom der familiae emptor der Erbe selbst, noch liegt jetztzeitige Uebertragung oder auf spätren Termin etwas Unwiderrufliches vor. Ehemals mag man Erbrecht und Eigenthum einerseits, dominica und patria potestas und manus andrerseits nicht so scharf gesondert haben. Die Worte bei Gaius 2, 102 „familiam suam, i. e. patrimonium suum, mancipio dabat“ möchten nicht so sicher Glossem sein. Ehemals war der Erbe selbst der Käufer, aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen substituirte man hernach statt seiner die Formperson. Ueber den Mangel der präsenten und festen Uebertragung setzte man sich hinweg wie Gaius, welcher a. a. O. die Voraussetzung stellt „si subita morte urguebatur“; d. h. man macht sein Testament und stirbt. Bachofen kombinirt daraus mit Glück und Scharfsinn, daß die Ein-

führung des Manzipationstestamentes grade für solche jähe Fälle Noth that, da die Gemeinde nur zweimal jährlich zur Sanktionirung von Testamenten zusammenkat.

Die Manzipation ist die Form, res mancipi zu übertragen: Ulp. 19, 3. Dasselbe erreicht man durch In Jure Zession: §. 9 ib. Auch kann man auf Grund der Eigenthumstradition die res mancipi ersitzen: §. 8 ib. Wenn also gleichwohl die Manzipation den res manc. vorzugsweise eigen, ihre propria alienationis species ist, so vermag dieß nur zu bedeuten, daß alle andren Sachen manzipationsunfähig sind, so sehr die In Jure Zession und Ersitzung auch auf sie paßt. Propria ist also der Gegensatz zu communis. Res mancipi ist demnach res mancipii, wie denn auch die vatikanische Handschrift in Vat. fragm. §. 259 in der That liest. Monströs ist der Gedanke, mancipi sei Passiv vom Zeitworte mancipēre; ich kenne nur mancipāre. Mancipium dagegen zur Bezeichnung des durch die Manzipation erwachsenen Zustandsrechtes des Objekts findet sich in zahllosen Verbindungen. So „in mancipio", „in causa mancipii" esse; emptiones quae „mancipi" sunt; jus „mancipii"; vita „mancipio nulli datur", omnibus usu(i); sui mancipii esse; fructus est tuus, mancipium illius; fortuna nihil dat mancipio; esse in alicujus mancipio; u. s. w. Mancipi ist also Alles was manzipirt werden kann (Gai. 2, 29), was seiner rechtlichen Natur nach die Manzipation gestattet (Gai. 2, 31), quod mancipationem recipit (Gai. 2, 52). Dazu gehörte die familia, nicht aber die hereditas. Gegenstand der familiae mancipatio (Gai. 2, 104) konnte die hereditas schon darum nicht sein, weil es keine vivi hereditas giebt und Niemand nach seinem Tode verfügen kann. Aber auch an sich war die hereditas nicht mancipi, sondern „in jure cessionem tantum recipit": Gai. 2, 34. Die familia dagegen existirt bei Lebzeiten des Erblassers als innerer Theil seiner Persönlichkeit, als seine Vermögensfreiheit, und sie ist grade der seinen physischen Tod überdauernde Theil seiner Person; freilich überdauert dieser Theil in jetziger selbständiger Ganzheit, als res. Anderseits folgt schon hieraus, daß nicht nur res, sondern auch Personen mancipi sein konnten, und zwar waren dieß alle Personen: Gai. 1, 120. Und in der That beruht die Hauptkraft einer Gemeinde in ihrem

Reichthum an Bürgern. Im buchstäblichsten Sinne manu captus ist der Kriegsgefangne; hier allerdings erfolgte auch materiell die Negation der Persönlichkeit. Ohne Kriegsgefangenschaft wäre das positiv antike Institut der Sklaverei nicht entstanden; der Sklave ist aber res mancipi. — Fordrungsrechte sind nie mancipi (Gai. 2, 38), denn das Unkörperliche (Gai. 2, 19. 28.) ist nicht mit der Hand greifbar; die Landservituten sind, obwohl unkörperlich, ausnahmsweise mancipi: Gai. 2, 17. Die hereditas fällt unter die Regel, da sie unkörperlich ist: Gai. 2, 14 (l. 1, 1 d. r. 1, 8); dagegen die familia als innerer Theil der Person galt als körperlich, wenigstens ist sie nicht ein Bruchtheil. — Gemäß Obigem konnte nicht aus der Manzipation ein Forderungsrecht erwachsen, und dieß war bei der wechselseitigen unmittelbaren Vollziehung des Kaufgeschäftes auch ordentlicher Weise unnöthig. Der Eviktionsregreß entspringt trotz der Manzipation, in den Besitz konnte der Käufer durch die siegreiche Eigenthumsklage kommen.

Eine hervorragende Bedeutung hatten die res mancipi für den altrömischen census.[1]) Dieser verzeichnete vor Allem die Personen, dann die Grundstücke[2]) nach Distrikten, worauf deren besondre Rechtsfähigkeit nach Civilrecht, das „habere jus civile“ beruhte; ebenso aber auch die Sklaven, welche „mancipia“ bleiben, während die Person, ohne ihre Persönlichkeit zu verlieren, nur durch Manzipationen hindurchzugehen vermag. Vgl. Cic. pro Flacco 32, 80. Wenn sich nun gleich diese Zensirbarkeit als Vorrecht für alle Arten von res mancipi nicht buchstäblich auf Quellenstellen gründen, noch die Ausgeschlossenheit der nec mancipi res als solcher und in ihrer Totalität davon streng nachweisen läßt:[3])

1) v. Pufendorf ed. altera tom. 2 (1779) obs. 79: Res mancipi, quae in tabulis publicis censualibus descriptae essent.

2) Röm. Feldmesser 1 S. 233 sq.: ager in jugeribus est adsignatus. Nam imperator Vespasianus postea lege sua agrum censiri jussit.

3) Z. B. baares Geld ist nec mancipi: es ist Preis, nicht Waare, gleichwohl kam es in den census: Göttling Gesch. d. röm. Staatsverf. §. 63. Uns scheint das Gesammtvermögen zensirbar gewesen zu sein, aber nur die manc. r. werden im census aufgezählt worden sein: sie waren Zensus-Individuen. Geld zumeist kommt in den einzelnen Stücken als solchen rechtlich nicht in Betracht, sondern als Summe; ähnlich steht es um Viehheerden.

so nannte doch Cicero, wie wir sahen, die beiden bedeutendsten Klassen von mancipi res für das Vorrecht, gleichsam die vornehmsten Repräsentanten theils für Unbewegliches theils für Bewegliches, und fließt der Charakter irgend einer positiven Bevorrechtigung der mancipi res, welcher bei den nec mancipi res lediglich ein Mangel entspricht, aus dem Worte „nec mancipi res“ selbst. Denn, daß dieß „non mancipi res“ sei, beweisen Analogieen in den zwölf Tafeln, wie „furtum nec manifestum“, wie „cui suus heres nec sit“. Der Grund des eigenthümlichen Vorrechts scheint aber in der Kostbarkeit der mancipi res, nach den Begriffen der Alten und mit Rücksicht auf den Nationalwohlstand, gefunden werden zu müssen. Daß die res mancipi die kostbarern seien, sagt Gaius 1, 192 ausdrücklich, und konnte der Freilasser als Vormund, außer ex magna causa, nicht gezwungen werden, deren Veräußerung zu autorisiren, damit nicht die ihm zu gewärtigende Erbschaft entwerthet werde. Eben dadurch war aber auch vorgebeugt, daß ihm die Erbschaft nicht durch Errichtung eines (Manzipations-) Testamentes entzogen werden könne. Das alte Erbgut, heredium, war der ursprüngliche Grundstock der hereditas. Seine Unveräußerlichkeit, ohne Gemeindesanktion, von der Familie ist für die älteste Zeit sicher. Vielleicht traf ursprünglich das Gleiche für alle res mancipi zu und normirte deren Begriff. Denn die Manzipation enthält in der Summe ihrer Zeugen u. s. w. ein Miniaturbild der Gemeinde. Daraus geht nun die Aufnahme in den Census, die individuelle Angabe der mancipi res in demselben von selbst hervor. Publizität,[1]) Legalität[2]) und Spezialität der Veräußerung dieser Sachen, also auch des Eigenthums über dieselben, waren demnach die besondren Merkmale. Dann hätte zu dem Absterben der Bedeutung der mancipi res auch der Umstand beigetragen, daß das neuere Rom — z. B. Ulpian l. 37, 1 ev. 21, 2 — ganz andre Sachen als die kostbarsten bezeichnet. Am wenigsten blieb Ackerbau die nationale Hauptbeschäftigung. Die

1) Daher war Manzipation die sicherndste Erwerbsform: arg. Ovid. ex Ponto 4, 15, 42: Meque tuum libra norit et aere minus.

2) Zum Theile fühlte dieß schon Hugo zu Gibbon S. 109. 110 in d. Anm., und vergleicht damit die nach Grund und Wirkung verwandte germanische Unterscheidung zwischen Unbeweglichem und Beweglichem.

Sklaven freilich behielten ihre Bedeutung, nur zum großen Theil in einer andern Verwerthung ihrer Dienste wie früher; daher mögen sie nun vorzugsweise „mancipia“ heißen. Sie waren dieß von jeher. An sie knüpfen wir den Ursprung der „res man-cipi“, „Sachen der Erbeutung“, an, nämlich insoweit die Kriegsbeute dem siegenden Staate gehörte. Wir haben schon oben des Gesetzes gedacht, welches in allen zivilisirten Staaten des Alterthums die Ablieferung dieser Hauptstücke an den Staat dem Erbeutenden befahl. Unter diesen Hauptstücken war auch der Menschen namentlich gedacht:

Aristotelis pol. 1, 2 §. 16 (Ausgabe von Stahr 1839): *Ἔστι γάρ τις κατὰ νόμον δοῦλος· ὁ γὰρ νόμος ὁμολογία τίς ἐστιν, ἐν ᾧ τὰ κατὰ πόλεμον κρατούμενα τῶν κρατούντων εἶναί φασιν.*

Also Uebermacht wirkt hier Recht? Eine vorzüglichere Eigenschaft hat der Sieger jedenfalls. (Auch das manu capere ist an sich reine Macht, aber rechterzeugend.)

Ὁ δὲ δοῦλος μέρος τι τοῦ δεσπότου, οἷον ἔμψυχόν τι τοῦ σώματος κεχωρισμένον δὲ μέρος.

D. h.: er ist ein Theil vom Herrn, gleichsam eine Seele mit ihm obwohl körperlich für sich bestehend. Die Stahr'sche Uebersetzung: „gleichsam ein beseelter, aber doch trennbarer (?) Theil des Körpers“ verstehe ich nicht. Bei der Sache selbst fallen Einem die induviae ein.

Nun ist aber auch quellenmäßig mancipium dasjenige quod manu [1]) capiatur: Varro l. l. 8, 65, sofern der Staat das Verkaufsrecht hat. Der erlegte Feind ward nie servus, sondern servus ist servatus, vgl. putus, potus, donum, furtum, privus u. A. Das „servare“ ist Pflicht des Kapienten, damit sein Staat den Werth durch Verkauf löse. Ueberhaupt soll die Beute noch vielfachen Nutzen bringen: Florentin, Institutionen: l. 4, 2 st. h. 1, 5. §. 3 J. j. pers. 1. 3. Subhastirt ward auch der „Manzeps“ im Falle seiner Nichtzahlung; daher sein Name:

1) Die vornehmste res mancipi, das Grundstück, ist gar nicht mit der Hand, in der Regel auch nicht durch einen Einzelnen zu nehmen. Aber manus bedeutet auch „Mannschaft“; ja, der unmittelbare Gewinn für den Staat tritt hier am Klarsten hervor.

Paulus Diaconus: Manceps dictus, quod manu capiatur. Vgl. Gai. 1, 121: Mancipatio dicitur, quia manu res capitur.

Der Manzeps ersteigerte die Beute im Ganzen und zahlte den sonst unerschwinglichen Preis nachdem er sie im Einzelnen weiter verkauft hatte; in dieser Geschäftsvermittlung suchte er seinen Vortheil. Der Staat deckte sich nach Bedürfniß durch Bürgen, die er den Manzeps stellen ließ. Also hier wie überall tritt das römische Staatsfinanzsystem hervor, welches wir ähnlich aus der Verpachtung der Zölle u. s. w. kennen, welches in jener Anwendung aber den Unterthan nicht wie in dieser drückt, sondern nur niedre Beamte spart und einen Privathandelszweig eröffnet, freilich andrerseits den direkten Gewinn der Staatskasse schmälert. Wie nun der Manzeps die Beute mit sich nimmt, so hält sich um des Preises willen der Staat talionsmäßig an seine Person. Diese persönliche Haftbarkeit des Schuldners entsprang nach solchem Muster auch gegenüber einem Privatgläubiger aus nexi obligatio. Eine ungenügende Erklärung von „Manzeps" giebt

Paulus Diaconus: Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve (emere-nehmen), quia (?) manu sublata significat se auctorem emptionis esse: qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo quod promisit, quam is qui pro eo praes factus est.

Das Handaufheben selbst, ja dessen möglichen ideellen Zusammenhang mit manu capere, können und wollen wir damit nicht bezweifelt haben.

Im Einzelnen sind die mancipi res erschöpft mit den Grundstücken auf italischem Boden nebst den Landservituten, mit den Sklaven nebst denjenigen Vierfüßlern [1]) welche mit Rücken (Plin. h. n. 8, 18) oder Halse (Columella 7, 1) angespannt oder angeschirrt, gebändigt, dressirt, abgerichtet werden [2]) (Cic. n. d. 2, 60.

---

1) Bynkershoek de rebus m. et n. m. Kap. 4: Mobilien engeren Sinnes sind nicht mancipi, wohl ein Theil der Semoventien.

2) Bynkershoek Kap. 6: Vierfüßler, welche, wie die Sklaven, Dienste leisten (jumenta, von juvare: Meermann S. 41) und für den Zensus reich machen. Aber nur diejenigen, quae collo etc., nicht die wolltragenden, pecudes von πέκος = vellus. Das erste Kapitel des aquilischen Volksschlusses straft Tödtung von servi, quadrupedes, pecudes: l. 2. pr. Aq. 9, 2.

off. 2, 4. Varro r. r. 2, 6), ohne zu den Bestien, wie z. B. Elefanten und Kameele (Ulp. 19, 1), zu zählen. Und zwar galten diese Vierfüßler den Sabinianern als mancipi res von Haus aus, also durch ihre Art und Geburt, den Prokulianern dagegen erst durch ihre Dressur. Schwierigkeit machte die letztre Meinung unter Anderm auch bei undressirbaren Individuen; hier scheinen die Prokulianer den Charakter der mancipi res seit dem trag- und zug-fähigen Alter angenommen zu haben: Gai. 2, 15. Isidor hat den Gaius jedenfalls gründlich mißverstanden.

Ager manu captus in l. 16 a. r. d. 41, 1 ist entgegengesetzt dem dem Feinde gegen Anerkennung der römischen Hoheit belassenen ager. Jener wurde theils assignirt, theils verkauft, theils blieb er dem Staate; darum war er limitirt, damit der Umfang des Assignirten, Verkauften an jeden Einzelnen, sowie eben dadurch der Gesammtumfang des öffentlich Verbliebenen stets erhelle. Diese limites waren auch durch Alluvion nicht umzustoßen.

Die Landservituten [1]) sind zwar der spätren richtigen Auffassung gemäß unkörperlich, und also buchstäblich nicht mancipirbar. Aber als ausgleichende rechtliche Eigenschaften der Grundstücke gewannen sie deren rechtliche Bedeutung, hier wie sonst, denn auch unbeweglich im Rechtssinne sind sie beispielsweise, so sehr gleich erhellen mag, daß die körperlichen Sachen allein eigentlich beweglich oder unbeweglich sein können.

Heerden dagegen blieben um ihrer Unkörperlichkeit willen nec mancipi, und diese Eigenschaft bezog man folgeweise auf das

---

Pecudes = pecora in §. 4 J. usu 2, 5; der Usuar nutzt den Dünger für sein Land. — In l. 2 cit. §. 2 scheint hinter „quadrupedes“ ein „item“ ausgefallen zu sein. Bedeutungsvoll ist die exaequatio zwischen servus und quadrupes, ferner die Ausschließung der Bestien, jedoch im aquilischen Sinne mit Ausschluß der dressirten Elefanten und Kameele: bekannt ist, daß diese Thiere von Natur sich heerdenweise zusammenhalten und ebenso, da wo sie heimisch sind, zur Weide getrieben werden. Rom lernte diese Thiere erst kennen als der Kreis der mancipi res abgeschlossen war. — Pecunia stammt von pecus, und die pecudes sind nicht mancipi. Aber pecunia ist auch in der That Gegensatz zu familia; so in der Manzipation ist pecunia der Preis im Gegensatz zu der Waare.

1) Städtische Servituten sind nach altem Recht schon darum unverpfändbar, weil sie, als nec mancipi res, von der Fiduzia, die ja mancipando geschieht, ausgeschlossen sind: Merillius nova ed. 1720, obs. 6, 4.

darin enthaltne Kleinvieh, mag daſſelbe gleich ausnahmsweiſe einmal einzeln gehalten werden. Auch verbot der Heerbedarf hier jeden Staatsvorbehalt. Das letztre Motiv paßt auch auf die Waffen, die zudem der heimgekehrte Römer als ſeine Trophäen in die Halle hing. Dieß gilt von den Waffen, obwohl ſie zum Feinde gehörten und dieſer mancipi wurde. Denn, wären ſie darum ebenfalls mancipi, ſo bedürfte es doch einer beſondren Erwähnung, wie wir eine ſolche für die Landſervituten in der That finden, die gleichwohl auch nur Zubehör der Grundſtücke ſind. Daß man dem Kriegsgefangenen nicht wenigſtens zunächſt die Waffen abgeſtreift habe, dieß vermögen wir Böcking §. 73 Note 28 nicht zu glauben; man mußte ihn doch vor Allem unſchädlich machen.

Gold und Silber war wenigſtens in ſpätrer Zeit Staatsvorbehalt, aber es kam nicht zum Verkaufe, ſondern wurde ſelbſt unmittelbar in den Staatsſchatz gelegt. Darum ward es nicht als res mancipi Privateigen.

Plinius in ſeiner Naturgeſchichte 9, 35, 58 ſchildert die Lollia Paulina, des Kaligula Gattin, als bei gewöhnlichem Feſtmahle mit Perlen und Edelgeſtein überladen: quae summa quadringenties H—S (40 Millionen Seſterzien) colligebat,[1] ipsa confestim parata mancupationem (nuncupationem)[2] tabulis probare; d. h. ſie war jederzeit bereit zu zeigen daß dieß Alles, durch Manzipationsteſtament, ihr Erbeigen ſei. Denn, wie ſofort erklärt wird, waren jene Kleinodien nicht Geſchenke des Kaiſers, ſondern großväterliche Beute aus Provinzenraub, Schätze aus Beſtechungen durch alle Fürſten des Oſtens. M. Lollius hatte um deßwillen den Giftbecher von Tiberius annehmen müſſen. — Nach Aufzählung noch andrer Beiſpiele eines frevleriſch großartigen Luxus in ſolchen Dingen fährt Plinius, daſ. 60, weiter fort:

Et hoc tamen aeternae prope possessionis est: sequitur heredem; in mancipatum venit, ut praedium aliquod — während conchylia und purpurae jede Stunde verbraucht werden

1) Huſchke Z. Schr. für G. R. W. 12 (1845), 9 ſetzt das Komma nach ipsa.

2) So Huſchke. Sinn: den Kaufpreis, den der Großvater bezahlt, durch die Urkunde belegen.

und doch fast gleich hoch im Preise stehen. Also ist jener Luxus noch bei Weitem nicht der schlimmste.

Wir halten dafür, daß diese Worte nicht die Perlen [1]) für res mancipi erklären, sondern dieselben nur einer res mancipi vergleichen, in der Art, daß die Schätzung in den Augen der Welt gleich hoch ausfiel. Näheres läßt sich kaum ergründen, da wir die Bedeutung von mancipatus nicht kennen. Vielleicht ist dieß gleich mancipatio; dann wäre der Perlen, wie der Grundstücke, um der Kostbarkeit [2]) willen leicht besondre Erwähnung geschehen in testamentarischen Verfügungen. Vielleicht auch stimmt das Wort zu manceps; dann hätte der Staat Perlen, wie ehemals nur Grundstücke, in Bestellung von Sicherheit seitens des manceps angenommen; [3]) ja, hierzu eigneten sich solche ohnedieß todte Kapitalien, deren Aufbewahrung geringen Raum beanspruchte, am Allerbesten. Wie dem auch sein mag: die Fähigkeit zum „in mancipatum venire“ ist nicht Fähigkeit zum „mancipari“, auch nicht wenn mancipatus gleich mancipatio sein sollte; die familia [4]) ist ein Inbegriff, pecunia ihr Substrat; die familia bleibt manzipirbar, obwohl auch nec mancipi res auf diese Weise in mancipationem kommen können; dieß können sie nach dem Tafelsatz „uti legassit rell.“, welcher in seiner unbeschränkten Ausdehnung nec mancipi res nicht ausschließt.

---

1) „Peruli“ hat schon ein alter Erklärer des Horaz. Perlen von der Größe mehrerer gewöhnlicher Perlen hießen „uniones“ nach dem Glossator des Plinius.

2) Bynkershoek de rebus m. et n. m. Kap. 2 sagt richtig: Alle r. m. sind kostbar, aber nicht alles Kostbare ist mancipi. — Wo sollte auch die Gränze scharf zu ziehen sein? Letztres versucht Cujaz paratitla in Cod. 7, 31 (ed. Neap. 2 p. 469—471): Perlen seien r. m.; idemque de omni re pretiosa dici potest, i. e. quae veneat auro contra vel auro supra. — Aber die Römer hatten keine Goldpreise, als die r. m. sich längst abgeschlossen hatten. — Cujaz zieht in Betracht Ulpian's l. 37, 1 ev. 21, 2: Duplam promitti oportere .... de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veneat. Per edictum autem etiam de servo cavere venditor jubetur.

3) So Huschke.

4) Bynkershoek Kap. 8 irrt, indem er familia und hereditas identifizirt. —

Bei Tacitus Annalen 1, 73 wird Ritter Falanius unter Tiberius angeklagt. Unter den Anklagepunkten befindet sich auch der, quod venditis hortis statuam Augusti simul mancipasset. — Bedenkt man die Verwandtschaft zwischen simul und semel, so leuchtet ein, da Gärten mancipi waren, daß jene venditio diese mancipatio selbst bedeutete, die Statue also dem Garten pertinirte, im Boden stand. So ist auch Holz nicht mancipi, aber wurzelnde Bäume haben die rechtliche Eigenschaft ihres Grundstücks: sie gehören zu einer mancipi res.

In der Manzipation ist der Ursprung der Manzipi Res verewigt.[1]) Das Ergreifen des gegenwärtigen Gegenstandes nämlich ist dabei formell nothwendig. Gai. 1, 119: Rem tenens ita dicit: Hanc ego rem rell. — „Rem", nicht „aes", ist die veroneser Lesart, deren Richtigkeit schon Cynus vermuthete auf die mündliche Autorität des Jakobus von Ravani (Jacobus Ravennas) hin, daß also im ächten Gaius stehe. „Aes" substituiren Ballhorn und Böcking, auf Grund der Lesart des Boëthius. Aber das Ergreifen und Reden müssen, um einander zu ergänzen, Ein und Dasselbe[2]) betreffen. Nach Varro kam „aes tenens" allerdings vor, nur nicht hier, wo es gar nicht hin paßt, sondern erst bei den Schlußworten der Formel „hoc aere aëneaque libra."

Das Ergreifen des Grundstücks ist, in der Weise daß ein Mitfichnehmen darauf folgen könnte, unmöglich. Damit scheint es zusammengehangen zu haben, daß man nun auch auf die Gegenwärtigkeit des Grundstücks bei der Manzipation keinen Werth legte; zudem konnte Individualität und Gränze aus dem herkömmlichen Namen des Grundstücks u. dgl. vollständig erhellen. Vgl. Gai. 1, 121. So konnte eine beliebige Mehrzahl[3]) von verschieden

1) Boëthius sagt nach der Textberichtigung des Cujaz: „Quaecumque igitur res lege 12 tabularum aliter nisi per hanc juris sollemnitatem abalienari non poterant — sunt autem certae — hae mancipi vocabantur." Vor der Berichtigung stand da: Q. i. r. l. 12 t. d. n. p. h. sollemnitatem a. n. p., sui juris autem ceterae (oder: certe) nec (oder: haec) mancipi vocabantur. — P. Faber: „— — sunt autem ceterae nec — —". — „Sui juris" fehlt in alten Handschriften.

2) Und zwar die Sache. Sie wird mit der Hand ergriffen, manu capitur.

3) Die Manzipation des fundus cum instrumento dagegen half für nec mancipi instr. Nichts, Tradition war nöthig: Huschke Flav. Syntrophus p. 38. 39.

belegenen Grundstücken, Mobilien dagegen nur so viele als man mit der Hand zugleich zu ergreifen vermag, in Einem mancipirt werden: Ulp. 19, 6. [1]) So enthält die Mancipation des Grundstücks auf keinen Fall durch und in sich allein eine Tradition. Dieß beweist Gai. 4, 131 a, indem er als praescriptio pro actore bei der empti actio folgende aufführt:

Ea res agatur de fundo mancipando.

Durch diese Selbstbeschränkung im derzeitigen Klaggweck behält der Käufer die „empti actio auf Besitzübergabe" für später sich vor, schützt sich vor der prozessualischen Konsumption, vor den Konsequenzen des „ne bis de eadem re agatur".

Dagegen Mobiliarmanzipationen können die Tradition involvirt haben, ja; ohne die Frage entscheiden zu wollen, dürfen wir unsre Bedenken gegen die gemeine Meinung, daß kein Besitzesübergang durch die Manzipation stattfand, eine Meinung die wir selbst einstweilen noch nicht aufgeben, nicht unterdrücken, Bedenken, welche sogar die schnurstracks entgegengesetzte Meinung zu stützen scheinen, daß die Mobiliarmanzipation gar nicht umhin konnte, eine Besitzesübertragung mit einzuschließen. So: manceps rem conducit; Manzipation ist nexu traditio. Das einseitige Ergreifen schon wirkt Besitz. Warum sollte es hier lediglich Form ohne Wirkung gewesen sein, und wozu die Form falls man die Wirkung nicht wollte? Die Beute erwirbt man zu Eigen durch Besitzergreifung; hierin liegt der Ursprung der mancipia, und diesen Charakter bewahrt die darauf gebaute mancipatio. Florentin's Institutionen — l. 4, 3 st. h. 1, 5 — redeten: Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur. Die Vindikation freilich enthielt darum nie einen Besitzeswechsel, weil beide Vindikationen für die rechtliche Auffassung gleichzeitig, also als Besitzesstreit zu denken sind; daß thatsächlich die eine unmittelbar der andren nachfolgte, ist ähnlich einem durch die Vertheidigung oder durch sofortige Ausübung des Redejektions-

1) Es ist in diesen Stellen der Satz nicht ausgesprochen noch auch aus denselben folgend, welchen Bachofen, ausgewählte Lehren (1848) Nr. 2, daraus herleitet, daß nämlich der Manzipant des (italischen) Grundstücks selbst nicht Besitzer zu sein brauchte. — Nach Lage der Quellen ist dieser Punkt bisher unentscheidbar.

rechtes noch unentschiedenen Defektionsversuche. Und dieser Besitzesstreit verkörperte hier allerdings den Eigenthumsstreit, wie die begleitende beiderseitige Rede darthut. Uebrigens hat er überdieß selbständige materielle Kraft; denn der Prätor erläßt sofort den Friedensbefehl und ordnet demnächst das Besitzverhältniß für die Dauer des Rechtsstreites. — Abgeleiteten Besitz kann auch ein Trabent behalten. Daß aber bei der mancipatio fiduciae causa facta vollkommener Besitz beim Manzipanten zurückzubleiben vermocht hätte, ist aus Gai. 2, 59 mit Sicherheit nicht zu entscheiden, sondern es kann das „si eandem (rem) ipse (Manzipant, nach der Manzipation) possederit“ auch ein spätres Wiedererlangen des Besitzes bedeuten. Dem steht die Gleichheit der Tempora „mancipio dederit“ und „possederit“ um so weniger im Wege, als auch „possederit“ dem „potest usucapere“ voraufgehen muß; also ist das Perfektum „possederit“ gerechtfertigt, und kann „manc. ded.“ ein doppeltes Perfekt enthalten. Uebrigens, sei es daß die fid. c. mancipatio dem Manzipanten den vollkommenen Besitz ließ oder doch lassen konnte — und nur das letztre scheint, wegen des „si possederit“, annehmbar —: so war ja bei ihr grade der Eigenthumsübergang nur Mittel zu drittem Zweck, nur Lückenbüßer für mangelnde Rechtsformen, nicht für sich selbst ernstlich gemeint: also ist jeder Rückschluß auf die andern, ordentlichen, Manzipationen höchst bedenklich.

Den Preis nach Quantität und Qualität sprach zunächst der Manzipant aus; dieß mußte wol der Sachempfänger in seiner Eigenthumserklärung wiederholen. Alle sonstigen Nebenberedungen, Bedingungen im weitesten Sinne — die Hauptbedingung bleibt der Preis selbst —, waren durch gleichen Konsens in der Manzipation auf Grund der zwölf Tafeln klagbar zu stellen. Vgl.

Festus: „Nuncupata pecunia“ est ... nominata, certa, nominibus propriis pronunciata. „Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto“: i. e. uti nominarit, locutus (von legere, woher auch lingua; vgl. lex mancipii?) -ve erit, ita jus esto. „Vota nuncupata“ dicuntur, quae consules, praetores, quum in provinciam proficiscuntur, faciunt: ea in tabulas praesentibus multis (wie bei der Manzipation) referuntur (dieß war bei dem das mancipium begleitenden nexum durch die

Baarzahlung unnöthig). At Santra . . . satis multis „nuncupata“ colligit „non directo nominata significare sed promissa (aber auch das Geforderte) et quasi testificata (so bei der Manzipation), circumscripta (pecunia „certa“ u. s. w.), recepta (Konsens; Akzeptation wird auch beim Votum gedacht), quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius.“

Die Preisvereinbarung ist wesentliche Nunkupation, alle andern Nebenbestimmungen sind accidentalia nuncupationis. Aus der Nunkupation bei Testamentserrichtung — Gai. 2, 104 — läßt sich, wegen der materiellen Eigenthümlichkeit der familiae mancipatio, Nichts für alle Manzipationen entnehmen. Nuncupare dort, gleich palam nominare, bedeutet insbesondere die mündlich generelle Erklärung des seinen schriftlichen Willen nach der Manzipation vorzeigenden Erblassers, daß er dieß also wolle — eine Erklärung, deren eigentlicher Inhalt, als ein dem Empfänger unbekannter, so kaum bei andern Manzipationen denkbar ist. Wohl kann ein schriftlicher Vertrag mit einer Reihe von Artikeln (Nebenberedungen) bei jeder Manzipation ähnlich generell konfirmirt worden sein, und vindiziren wir dieses Verfahren besonders der neuern Zeit als das häufige, ja regelmäßige. Ursprünglich aber müssen wir die Nunkupation im gewöhnlichen Sinne als die beiderseits vorhergehende, die That begleitende mündliche Erklärung des Sinnes dieser That verstehen, und lassen es dahin gestellt bleiben, ob die Zeugen, wie dieß beim Testiren allerdings erfordert wurde, dabei jederseits mit „itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibitote“ am Schlusse jener Erklärung aufzurufen waren. Endlich kann die Haupterklärung des ordentlichen mancipio accipiens unmöglich gleichlautend gewesen sein mit der des familiae emptor (non-heres), da Jener nicht bloß Formperson, Beauftragter, Hüter und Wächter ist. Das „hoc aere (aëneaque libra) esto mihi empta“ mag übereingestimmt haben. — Aus der der ächten coëmptio voraufgehenden gegenseitigen Frage über den Willen des andren Theils, unser Ehegatte zu werden, kann für ordentliche Manzipationen höchstens das entnommen werden, daß auch bei ihnen der Eigenthumsvertrag mit allen seinen Materialien zum Voraus vereinbart war.

Frauenzimmer und (Paulus D. v. pube praesente) Unmündige konnten mancipi res nicht ohne Vormundsvollwort veräußern.

Ihnen mangelte ja die Mitgliedschaft in der beschließenden Volksgemeinde. Derselbe Grund[1]) scheint ursprünglich Beide[2]) von der Arrogirbarkeit ausgeschlossen zu haben: vgl. Gai. 1, 101. 102. — Den Unmündigen, nicht also das mündige Frauenzimmer (Gai. 2, 81), stellte überdieß seine Unmündigkeit unter das gleiche Recht auch für nec mancipi res: Gai. 2, 80. 82, Ulp. 11, 27. Nur sie hinderte ihn ferner, selbst unter Vormundsvollwort zu testiren: Gai. 2, 113; also wirkte dieser Spezialgrund auch auf die Manzipationsfähigkeit zum Theil zurück. Uebrigens gab es für Frauenspersonen, nicht auch für Unmündige, Mittel, des Vormunds ledig zu werden: Ulp. 20, 15. Paulus 3, 4a §. 1 gedenkt der Geschlechtsvormundschaft nicht mehr.

Streng genommen, mußte der Mangel der communio comitiorum jene Personen ebensowohl am Empfange zu Manzipium ohne Vormundsvollwort hindern. Dennoch, falls man hierin jemals wirklich folgerichtig war, ließ man die Strenge sicher bald fallen. So können wir kein ältestes Zeitalter nachweisen, in welchem der Sklave, der doch gar nicht zur Volksgemeinde zählte, nicht für seinen Herrn also hätte empfangen können: Gai. 2, 87. Er war erbeinsetzbar: vgl. z. B. Ulp. 19, 19; er konnte Legatar sein: l. 10, 1 a. r. d. 41, 1. Sein Erwerb für den Herrn stützte sich auf Zivilrecht: l. 53 ib. Freilich ist er selbst mancipium, Erwerbswerkzeug des Herrn; aber zuverlässig konnte der Herr sich durch seinen Sklaven in den Komitien nicht vertreten lassen. Ja, es genügte zu jener Erwerbsvermittelung Nießbrauch oder gutgläubiger Besitz des Erwerbers über den Sklaven: Gai. 2, 86. l. 10 pr. a. r. d. 41, 1; um so mehr genügte selbst zu quiritarischem Erwerb bonitarisches Eigenthum: Gai. 2, 88. Zum quiritarischen Erwerbe zählt, hier wie sonst, auch die Ersitzung; wer uns Rechte

1) Einfache Vertretung durch den Vormund ist in den Kreis der Vermögensverhältnisse gebannt.

2) Wegen der Frauenzimmer gab es eine entgegengesetzte, aber unterliegende, Meinung. Sie fußte wol darauf, daß die formelle Unfähigkeit nicht eine materielle Rechtsverschlechterung — Unfähigkeit, überhaupt und jemals arrogirt zu werden — bedingen dürfe. Sie unterlag deßhalb, weil man nicht geneigt war, zu Gunsten einer singulären Einrichtung die grade Bahn des Rechts zu verlassen. Der für Unmündige gewählte Mittelweg beruht auf kaiserlicher Autorität.

zu verschaffen im Stande ist, muß uns auf alle Fälle Besitz zu erwerben vermögen: §. 89 ib. l. 10 cit. §. 2; der Sklave selbst detinirt nur: l. 49, 1 a. p. 41, 2. Bestritten war die Besitzerwerbsvermittelung kraft der Gewaltverhältnisse der Manus und des In Manzipio Esse, da der Gewalthaber diese Personen selbst nicht besaß: Gai. 2, 90. Bejaht scheint die Frage gleichwohl bei Ulpian 19, 18 v. „traditum". Auch ist es nicht einmal quellenmäßig zu beweisen, daß Hauskinder besessen wurden; „res" sind sie nicht. Damit fällt nun aber der Grund der bei Gaius überlieferten Streitfrage zusammen. Es ist bekannt, daß das neuere römische Recht uns den Besitzerwerb selbst durch gewaltfreie Stellvertreter zulegt; dieß scheint bei Gaius 2, 95 noch nicht feste Annahme gewesen zu sein. — Der nämliche Grund, welcher, negativ, den Erwerb durch Gewaltuntergebne zuließ, nämlich ihre Unfähigkeit Eignes zu haben, bewirkte positiv und formell, daß sie zur In Jure Zession nicht Parthei sein konnten. Denn sie waren folgeweise außer Stande, Eigenthum zu behaupten: Gai. 2, 96. Aber dieselben anstößigen Worte „aio ... meum esse" sprach auch ein Manzipio-Empfänger aus, und in der Stipulation hieß es entsprechend „spondesne ... mihi dare?" Hier wie dort waren unterthänige Personen gleichwohl zugelassen. Es erübrigt demnach als Grund des Unterschiedes nur die Gerichtlichkeit der In Jure Zession, verglichen mit der Unzulässigkeit eines Vertreters bei der „Legis Aktio" überhaupt: Gai. 4, 82. Ulp. l. 123 pr. r. i. 50, 17. Legis Aktio ist das der gerichtlichen Mitwirkung bedürftige „Rechtsgeschäft"; schon die buchstäbliche Uebersetzung des Wortes duldet nicht die Beschränkung auf den Sinn der „gerichtlichen Klage".

Sofern nun der Empfang durch Manzipation an Bevormundete in Schuldtilgung geschah, war kein praktisches Bedenken des Eigenthumsübergangs vorhanden, „quoniam meliorem condicionem suam facere iis etiam sine tutore auctore concessum est": Gai. 2, 83. Um so weniger bei sonstigem „dari": §. 2 J. qbs. al. lic. 2, 8. Denn beim „solvi" konnte wenigstens der scheinbare Einwand erhoben werden, daß das Forderungsrecht, eine nec mancipi res, dem Vermögen des Unmündigen falle. Aber man hielt an dem Eigenthumsübergange fest, und läugnete die Tilgung der Obligation; Letztres einleuchtender Maaßen vor-

behaftlich der doli exceptio zum Belaufe des In Rem Versum: Gai. 2, 84. Entgegengesetzt entschied man natürlich die letztre Frage für mündige Frauen; nur genügte nicht der im Erlaßvertrage enthaltene Schatten einer Zahlung: §. 85 ib.

Die Unveräußerlichkeit der Manzipi Res durch Frauen als solche hatte zu Gaius' (1, 192) Zeit nur noch zu Gunsten des Vormunds = [1]) Freilassers [2]) eine materielle Bedeutung. Andre Vormünder waren durch Staatshülfe zur Einlegung ihres Vollworts zu zwingen; so selbst jene, so oft ein bedeutender Beweggrund dem Veräußerungswillen der Frau als Rechtfertigung unterlag. Veraltet waren die testamentarischen Geschlechtsvormünder, die ganze Geschlechtsvormundschaft lag in den letzten Zügen: Gai. 1, 144. Aus der Vergangenheit [3]) berichtet Gaius 2, 47:

Mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent.

So die 12 Tafeln, im Interesse dieser eigenthümlichen Art von Vormündern, welche zugleich ja die nächsten Anerben der Frau waren. Nach Rednerart übertreibt der Sprecher bei Livius 34, 2: Majores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt.

War der Vormund nicht agnatisch, so konnte die Frau ohne ihn res mancipi Niemanden zu Eigen geben, aber ein objektives Hinderniß stand der Ersitzung des Erwerbers nicht entgegen. Dieß wurde also seit der lex Claudia der allgemeine Zustand. Somit entsprang die Frage, ob ein die Ersitzung subjektiv ausschließender böser Glaube genugsam schon dadurch vorliege, daß der Erwerber ohne, oder unter falschem, Vormundsvollwort wissentlich erworben habe. Ging man davon aus, daß der gute Glaube die Ueberzeugung sei, daß unser Gewährsmann nicht nur bisher Eigenthum, sondern auch Dispositionsfähigkeit zu Veräußerung

---

1) Bei Livius 34, 2 bezeichnen „auctor", „manus" die Hausväter und die Ehemänner mit Hausgewalt, beziehungsweise deren Gewaltsrechte.

2) Der Freilasser ist nicht Agnat, er hat nur agnatische Rechte. Emanzipirte der Vater die Tochter, so war das Agnationsband gelöst. Servilis agnatio nulla est.

3) Eine l. Claud. hob d. agnat. Geschlechtsvormundschaft auf: Gai. 1, 157.

dieſes Eigenthums habe, ſo mußte man folgerecht die Frage bejahen, denn das Weib konnte ohne Vormundsvollwort die res mancipi nicht veräußern. So ſchloſſen daher auch die Rechtsgelehrten der Republik, ſowie aus der Kaiſerzeit noch die ältren Sabinianer. Die Wirkſamkeit der Tradition, da ja die Frau Beſitz veräußern konnte, und als einzelne Folge die Fruchtperzeption durch den Käufer, da Früchte nec mancipi ſind und voluntate domini percipiuntur, ſollte damit nicht geläugnet werden. Dieß geſtanden auch die Prokulianer zu, entgegen der ſtrengern Meinung ihres älteſten Lehrers. Julian aber, ein jüngerer Sabinianer, nahm ſelbſt Erſitzungslage an, welche durchbrochen werden könne durch Reoblation des gezahlten Kaufpreiſes. Dieß „auf Grund der (ſonſt unbekannten) Rutiliana constitutio“: Vat. fragm. §. 1. v. Buchholtz vermuthet, die Regel des Rutilius (?) habe gelautet: „Demjenigen, welchen die exceptio rei venditae et traditae ſchützt, ſteht die Publiciana in rem actio zu“. Dann ſchlöſſe Julian aus der Publiziana auf die Erſitzungslage. Die Berufung auf die Rutilianiſche Regel bezweckte dann, den Einwand aus dem böſen Glauben zu beſeitigen. Die Publiziana ſtände mittlerweile zu, ſelbſt gegen die Frau, deren exceptio justi dominii dann der replicatio rei venditae weichen müßte. Exceptio oder replicatio r. v. et tr. fallen weg durch Reoblation des Preiſes. Nach vollendeter Erſitzung dagegen exiſtirt weder mehr rei vindicatio noch auch exc. j. d. zu Gunſten der Frau, ſondern ächtes Eigenthum des Käufers; daher jede Vermittelung, alſo auch die Reoblation als Rechtsmittel abgeſchnitten iſt. Die Reoblation diente nur gegen exc. und repl. r. v. et trad.; wo von letztren, da kann auch von erſtrer keine Rede ſein. Es iſt bekannt, daß die Frauen ohne Vormundsvollwort ſich auch nicht verpflichten konnten (Ulp. 11, 27 vv. „si se obligent“). Alſo konnte das Weib in Vat. fragm., inſofern der Käufer den Preis nicht ſchon bezahlt hatte, ohne Furcht vor Retentionseinrede die Waare vindiziren; hatte er aber bezahlt, ſo war ſie, von ihrem Standpunkte der Nichtanerkennung des Vertrags aus, vor Allem zur Rückgabe dieſes Preiſes verpflichtet, nicht zwar Preisſchuldnerin — denn auch der Käufer will den Preis nicht wieder, er bedient ſich jener Berufung, um die Waare ſich zu retten —, aber verpflichtet, um mit der

Vindikation durchzudringen. Besonders wichtig sind noch die Schlußworte: et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.

Die Reoblation war demnach eine Ziviluſurpation, in ihrer Wirkung auf die ſchwebende Erſitzung.

In Vat. fr. §. 259 hat ein Weib ohne Vormundsvollwort ein außeritaliſches, alſo nec mancipi, Grundſtück mit Zubehör (Sklaven- und Vieh-Stand), ohne Erwähnung ihres Todesfalls, alſo unter Lebenden mittelſt ächter Schenkung auf einen, wie es ſcheint ihren eignen, Freigelaſſenen, einen Latinus Junianus übertragen. Wichtig iſt die Bemerkung „nicht auf ihren Todesfall", da ſolchem Latinen das mortis causa commercium, die Kapazität anlangend, mangelte. Die Schenkung war wegen des fehlenden Vollworts unvollkommen nur zum Belauf der im Gutsinventar enthaltnen mancipi res. Dieſe konnte auch der Empfänger nicht erſitzen, da der Grund der rutilianiſchen Regel wegfiel, indem auch eine exceptio rei donatae et traditae um der replicatio legis Cinciae willen nicht wirkſam zuſtand. Stirbt nun aber die Schenkerin ohne Sinnesänderung, ſo fällt die Anfechtbarkeit der Schenkung aus dem Geſetze des Cinzius hinweg und es beginnt ſomit die Erſitzungslage auf Grund der rutilianiſchen Regel, auch hier ohne Unterſchied ob der Empfänger um den Mangel des Vollworts gewußt hatte. Das Wegfallen der Anfechtbarkeit geſchieht nicht ipso jure, ſondern per exceptionem doli, welche alſo in dem ſeitens der Erben der Schenkerin erhobenen Eigenthumsſtreite als duplicatio gegen dieſelben den Ausſchlag giebt. Wollte man aber ſchließlich einwenden, alſo werde doch mortis causa hier erworben und es ſei folglich der Latine als ſolcher vom Erwerbe dennoch ausgeſchloſſen: ſo wäre dieß darum irrig, weil nicht der praktiſche Erfolg, ſondern die private Willensbeſtimmung das Geſchäft kennzeichnen muß.

Auch die Manzipationszeugen bedurften des Kommerzium's und der Mitgliedſchaft [1]) in der Volksgemeinde. [2]) Ihre Zuziehung

1) „Antestor" aktiv und paſſiv: Priſzian ed. Krehl 1 (1819), 18, 4: Laelius (C. Aelius: Lachmann in Z. Schr. für G. R. W. 11 [1842] S. 117): Impubes libripens esse non potest neque antestari.

2) Der immer noch räthſelhafte antestatus (Repräſentant des in den Kalatkomitien rogirenden Pontifex? vgl. den Leviten) war, wie es ſcheint,

war der Beginn des Geschäfts: Gai. 1, 119. Ihrer durften nicht weniger als fünf sein, entsprechend der Klassenzahl der Centuriatkomitien als des comitiatus maximus. Stumme, Taube, Wahnsinnige waren ausgeschlossen; dieß galt sicher nicht nur bei der Testamentserrichtung: Ulp. 20, 7, sondern bei allen Manzipationen. Denn bei allen hatte der Zeuge theils zu erklären, er wolle zeugen, theils die im Geschäft Redenden zu vernehmen. Der Latinus Junianus wurde zum Testamentszeugniß verstattet, da singulärer Weise mit ihm Testamentifaktion stattfand: §. 8 ib., nur ihm selbst die Kapazität von Todeswegen versagt blieb. Um so mehr muß man ihn bei andern Manzipationen zugelassen haben, da er unter Lebenden sogar selbst, obwohl wiederum nur durch eine singuläre Verleihung des commercium juris civilis, Manzipationsparthei zu sein vermochte. — Verworfen wurden „Hauszeugen", d. s. der Parthei unterthänige Personen: Ulp. 20, 3. Gai. 2, 105, gleichsam als Zeugen in eigner Sache; ebenso der Hausvater der Parthei,

---

bei familiae mancipatio unerläßlich, und ging im neuern Ziviltestament wie der Wagehalter in einen besondren Zeugen über. Daß er übrigens auch bei Grundeigenthumsveräußerung angewendet wurde, dafür legt ein römisches Marmortäfelchen — Urkunde über Veräußerung eines Platzes zu einem Erbbegräbniß — Zeugniß ab: Jan. Gruterus inscriptt. Romm. corpus absolutissimum (1616) p. 1081 no. 1. Auch ist zwischen familia und Grundeigen die ursprüngliche Einheit (hereditas, heredium) nicht zu verkennen. Antestari heißt mittelst Ohrzupfens Zeugen aufrufen oder Zeuge werden. Jene, aktive, Bedeutung hat es im „Antestatus" wie in den zwölf Tafeln „Si in jus vocat, ni it, antestator; igitur e(u)m capito." Wo kein besondrer Antestatus vorkam, antestirte wol der Erwerber. Daß am Schlusse der Manzipation der Antestatus herbeigeholt worden sei, vermag ich Huschke Flav. Syntrophus p. 45 nicht zu glauben; ebensowenig, daß diese Formperson nicht uralt sei. Vieles davon mochte sich mit der Zeit abschleifen. — Nach dem Volksrechte der Uferfranken, tit. 60 de traditionibus et testibus adhibendis, §. 1, bringt der Erwerber die Zeugen mit, auch Kinder, denen er Backenstreiche versetzt und die Ohren zupft. — Mit dem Ohrzupfen waren auch die gesetzlichen (erwachsenen) Zeugen nicht verschont: Meichelbeck hist. fris. 1 instrum. 492 v. J. 825. — Vergl. über den Wagehalter Hugo Lehrb. 3 (11. Aufl.) S. 216: Schon in alten deutschen Stadtrechten kommt Einer vor, qui servat publicam libram, an welchen man oft gebunden ist. — Die Zeugennatur des Wagehalters heben schon die zwölf Tafeln VIII, 22 hervor: Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto. Huschke Flav. Syntrophus p. 44 emendirt: si test. infatiatur.

aus dem gleichen Grunde. Und aus der Vergleichung beider Punkte fließt die Unzulässigkeit der Hausgeschwister der Parthei: Ulp. 20, 4. 5. Beim Manzipationstestament ließ man des wahren Erben, der ja nicht selbst Parthei war, Hausverwandte zu; gegen diesen krassen Formalismns sträubt sich mit Recht Gaius 2, 108. Alle jene Grundsätze galten selbst dann, wenn das Hauskind nach seiner Entlassung aus dem Kriegsdienste über das kastrensische Pekul testirte: §. 106 ib. Stets aber durften mehrere Zeugen einem Hause angehören: Ulp. 20, 6. Vom Wagehalter gelten die Grundsätze [1]) über Zeugen: Gai. 2, 107. Indem er nämlich die eherne Wage hält (Gai. 1, 119), bezeugt er selbst speziell das ordnungsmäßige Wiegen.

In der Versammlung erklärte nun der Manzipio-Empfänger, das Erz, d. i. den Preis, haltend:

Ich sage, diese Sache ist mein aus dem Rechte der Quiriten, und sie ist mir gekauft durch dieses Erz und eherne Wage.

„Esto" statt „est mihi empta" (Böcking §. 143 f.) erscheint verwerflich, wenn man das Präsens der erstren Erklärung in's Auge faßt. Das ganze Geschäft muß rechtlich in eine kleinste Zeiteinheit fallend gelten.

Nun folgte eine, in der neuern Zeit weggelassene, Aufforderung, wahrscheinlich seitens des Wagehalters als des Zahlungsvermittlers, nach Ballhorn jedoch seitens des räthselhaften altehrwürdigen Antestatus, in den Worten: Raudusculo libram ferito. Das raudusculum, rohes Erzstück von raudus gleich Roherz, entstammte der vorservianischen Zeit des ungeprägten Erzes, überlebte aber als Scheinpreis in Manzipationen dieses Zeitalter, schwand demnach zu einem Symbol zusammen. Ein Thor Rom's hieß nach seinem Erzbeschlag die porta Rauduscula: Varro l. l. 5, 163. Das raudus oder rodus, vergl. das Adjektiv rudis, — e, ist jeder unverarbeitete Stoff; der Gebrauch des Wortes beschränkte sich seit Beginn der Kaiserzeit auf Roherz: Festus v. rodus.

---

1) Er ist indeß als Unpartheiischer von höherer Bedeutung, und fand daher in der Geschäftsurkunde zuvörderst namentliche Erwähnung: Huschke Flav. Syntrophus p. 43.

Jener Aufforderung leistete der Manzipio-Empfänger sofort Folge, und in der neuern Zeit legte er auch ohne dieselbe das Erz auf die Wage und gab demnächst dasselbe dem Sachveräußrer als Formpreis [1]) der Waare: Gai. 1, 119. Ausdrückliche Erklärungen des Veräußerers waren ebenso unnöthig wie bei In Jure Zession und aus dem gleichen Grunde. Nur besondre Zusicherung von Vorzügen oder Fehlerlosigkeit der Waare bedurfte solcher Nuncupationen, mit Strafe des Doppelten aus spätrem Ableugnen (Cic. de off. 3, 16), eine Strafe welche den Manzipanten auch dann traf wenn er das ganze Geschäft abläugnete. Das Nämliche folgt aus In Jure Zession, denn der Geständige verurtheilt sich selbst. Das Nämliche folgt aus dem Abläugnen der Vorbehalte des Gebers seitens des Empfängers gegen den Letztren.

Bei Grundstücken wird man die Manzipation in der ältren Zeit entweder auf dem Acker selbst oder an einer, ursprünglich davon genommenen, Scholle vollzogen haben, und verweisen wir auf die Analogie der dinglichen Sakramentsklage (Gai. 4, 17) und der danach gebildeten In Jure Zession, besonders auch wegen der

---

1) Selbst ein Beschenkter sagte: „ea res mihi est empta hoc aere aëneaque libra donationis causa sestertio nummo uno assium quatuor.“ Dieser wahre Preis, der nur bei Donation ebenfalls Form wird, ist also hinter jede Erklärung eines Manzipio-Empfängers zu denken. C. 37 don. 8, 54. Von Aeckerauftheilung seitens eines Privatmannes, der das Ganze zuvor aufgekauft, gebraucht Vitruv den Ausdruck: „nummo sestertio singulis ... mancipio dedit“, vgl. die Lex Thoria: „sestertio nummo uno emptus esto.“ Der Sesterz ist nicht neuerer Stellvertreter des as oder aes. Steht doch dahinter „assium quatuor“! Er wird nicht zugewogen, sondern zugezählt („uno“). Er war Silber, nicht Kupfer. Er findet sich bei Manzipationen bereits in Zeiten, in welchen zweifellos das „aes“ noch in Anwendung war. Er kommt nicht nur bei Manzipationen vor (l. 66 j. dot. 23, 3), bedeutet also, daß dem Geschäft die hervorragende Kraft des Kauftitel's zukommen solle. Vielleicht übertrug auch die Manz. aus Kauf Eigenthum nur falls der Preis gezahlt war. Die Preisangabe war bei Schenkungstitel Scheininteresse des Manzipanten, zu Vermittelung der Brauchbarkeit des Geschäfts per aes et libram. „Assium quatuor“ stellte den Preis kommensurabel mit dem „aes.“ Seit Augustus schlug man auch kupferne Sesterzen, und konnte man also ein und dieselbe Münze als Preis und als aes benutzen. Gai. 3, 174. Gai. epit. 1, 6 §. 3. Hauptsächlich scheint der Scheinpreis die Nebenberedungen gültig gestellt zu haben. Vgl. Huschke Flav. Syntrophus p. 39 sqq.

mit dem ersten Theile jener Nunkupation buchstäblich gleichen Vindikation, welche, als identischer Ausdruck, auch die nämliche Thathandlung erklärt haben muß.

Seitdem man Erzmünzen prägte, bestimmte man gleichwohl deren Werth noch immer nicht nach der Zahl allein, sondern nach dem Gewichte der einzelnen Münzen: Gai. 1, 122. So blieb es wenigstens bis zur Einführung gemünzten Silbergeldes. Zur Zeit der 12 Tafeln wog man also den Preis noch in allen Fällen zu. Erst seit der gelungenen Vertreibung des Epirotenkönigs Pyrrhus, fünf Jahre vor dem Ausbruche des ersten punischen Krieges, also seit dem Jahre 485 der Stadt, bediente man sich des geprägten Silbers. Aber die Erzwährung blieb, und es war nach wie vor die ein Pfund schwere [1]) Erzmünze der Mittelpunkt des Münzsystems. Das älteste Münzzeichen war ein Stück Vieh: [2]) Varro r. r. 2, 1, daher „pecunia" für „Geld" gesagt wurde. Von dem Wägen des Geldes stammt die noch in der Kaiserzeit in den Bank- und von Alters her in allen Hausbüchern angewendete Rubrik der „expensa". Ebenso scheint „impendia" Rubrik gewesen zu sein in den Spezialrechnungen über einzelne Grundstücke u. dgl. Wie „expensa" das baar Bezahlte, das aus der Kasse Fließende war, so bedeutete wol „dependere" auch das Abschreiben vom Werthe derjenigen Vermögensgegenstände, deren Werth durch den Gebrauch sich verschleißt (res, quae usu minuuntur). Der Soldatensold hieß noch zur Kaiserzeit stipendium und wird dieß von pendĕre mitabgeleitet. Dispensator hieß der mit der Kassenführung seines Herrn beauftragte Sklave. Auch er vermittelt Zahlung, fällt also insofern mit dem libripens in der Art ihrer Thätigkeit zusammen: Plin. h. n. 33, 3, 13.

Die letzte Erwähnung der Manzipation als eines noch anwendbaren Instituts in unsren Rechtsquellen möchte die in c. 7 Th. don. 8, 12 sein:

Constantius et Constans [3]) AA. ad Orphitum P. U.: Quum genitoris mei (Konstantin's des Großen) scitis evi-

1) Paulus D.: Contrarium aes, grave aes. — Contrarium scil. mancipio.

2) Aelteste Geldstrafen auf wirkliches Vieh: Plutarch Poplicola cap. 11, ed. Reiske 1774, 1 p. 405.

3) Gothofred möchte den Constans lieber weglassen. Das un-

denter expressum sit, „nullam donationem inter extraneos firmam esse, si ei traditionis videatur deesse sollemnitas“, et idem „hujusmodi necessitatem liberis tantum ac parentibus“ relaxavit, in omnibus deinceps observari negotiis oportebit, ut donatio inter extraneos minus firma judicetur, si jure mancipatio et (aut? für nec mancipi res) traditio non fuerit impleta (355).

Seit Justinian gilt keine Manzipation mehr: c. un. §. 4 usuc. transform. 7, 31. Eine neue Form der Hingabe an Kindesstatt in die Stelle jener „vetus observatio“ setzt daher c. 11 ad. 8, 48. Das Gleiche geschieht für Entlassung aus väterlicher Gewalt in c. 6 emanc. lib. 8, 49. Die letztgenannte Stelle ist charakteristisch durch die Ausdrücke, mit welchen der Kaiser die ehrwürdige Form altrömisch nationaler Sitte geißelt: „inspeximus, in emancipationibus vanam observationem custodiri, et venditiones in liberas personas figuratas, et circumductiones inextricabiles, et injuriosa rhapismata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus.

Wir handelten von der Manzipation in Anerkennung des Grundes, welchen Kornelius van Bynkershoek in der Vorrede an den Leser vor seinem Schriftchen „de rebus mancipi et nec mancipi“ — op. omn. L. B. 1767. t. 1 p. 329 bis 41 — ausspricht: Tribonian nahm natürlich die die veraltete Sache erklärenden Stellen nicht auf, und doch nahm er solche auf, welche ohne jene Kenntniß unverständlich bleiben mußten. — Eine Stelle letztrer Art ist z. B. l. 48 pp. 2, 41: In traditionibus rerum quodcunque pactum sit id valere manifestissimum est. Gaius muß, nach Vat. fr. §. 47, „mancipationibus“ geschrieben haben. Huschke Flavius Syntrophus p. 16 not. 20. — Der Ausdruck „mancipare“ erhielt sich in notariellen Urkunden als ein bedeutungsloser. Marini i papiri diplomatici 1805, annotazioni sopra i pap. no. 93 not. 1: Quae tradenda sunt, tradidimus; quae mancipanda, mancipavimus.

---

folgende „mei“ statt „nostri“ dürfte als Grund dazu nicht ausreichen, weil möglicher Weise nur Einer reden, Beide publiziren können. Aber zur Zeit des Erlasses dieses Gesetzes, welche aus der Subskription erhellt, war Constantius bereits Alleinherrscher.

§. 2. Die In Jure Zession als Eigenthumsübertragungsform beschränkte sich auf quiritarisches Privateigenthum, war also brauchbar für alle Sachen, welche eines solchen Rechtsverhältnisses fähig waren, also auch für nec mancipi res (Ulp. 19, 9), nicht aber für Provinzialgrundstücke (Gai. 2, 31), denn diese standen im „Eigenthume" des römischen Volks. Für Mobilien dagegen differirte die örtliche Lage Nichts: Gai. 2, 32.

Das Verfahren schildert Gaius 2, 24. Der Ort der In Jure Zession war: vor dem Magistrate des römischen Volkes. Die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlung, die Glaubwürdigkeit des Gerichtszeugnisses, macht Aufrufen von Privatzeugen formell entbehrlich. Es scheint etwas Besondres, daß die In Jure Zession „als Legis Aktio" auch bei dem Provinzialstatthalter zu geschehen vermag; übrigens gestattete das Herkommen das Gleiche bei der ebenfalls kraft der Hoheit des Magistrats geschehenden Hingabe an Kindesstatt (Gai. 1, 100), und auch diese ist in ihrem Schlußakte eine In Jure Zession: Gai. 1, 134.

Der Erwerber vollzieht die Vindikation. Dazu bedurfte es des Ergreifens der Festuka. Diese war Sinnbild der Botmäßigkeit über die Sache. Also mußte auch die Sache gegenwärtig sein: Gai. 4, 16. Konnte dieselbe nicht bequem beigebracht werden, so repräsentirte man das Ganze durch ein davon entnommenes Stück. Z. B. von der Heerde[1]) nahm man ein einzelnes Stück Vieh, oder gar nur ein Haar eines solchen, vom Grundstück eine Scholle, vom Haus einen Ziegel: §. 17 ib. Aehnlich verfuhr man bei Säulen, Schiffen, Erbschaften.

Der Erwerber faßte nun die anwesende Sache an[2]) und hielt die Festuka darüber. Eine gewisse Aehnlichkeit bietet die deutschrechtliche Vindikation,[3]) nur daß hier das Anfassen, der Anfang,

---

1) Aechtes Heerdeeigenthum wird durch diese Anwendbarkeit der In Jure Zession auf die Heerde nicht bewiesen, da man durch diese Geschäftsform auch Inkorporalien erwarb; vgl. unten die Erbschaft.

2) Bei nicht bloß imaginärer Vindikation geschah diese Thathandlung gleichzeitig gegenseitig, worauf die Tafelworte (Dirksen 6, 5) „si qui in jure manum conseruat" bei Gellius 20, 10 ohne Zweifel zu beziehen sind.

3) Vgl. auch Kapitulare Ludwig's des Frommen 3, 12 v. J. 819: Omnis, qui alteri aliquid quaerit, licentiam habeat prius sua testimonia

selbst außergerichtlich vorkam, zu dem Ende, um dadurch den Besitzer vor Gericht zu ziehen. So war dieser Anfang die thätliche Darlegung des behaupteten Besitzrechtes, ohne Besitz zwar, aber dem der Besitz folgen muß. Vergl. Albrecht Gewere (1828) S. 84 ff. Hierauf bezieht sich das deutsche Kunstwort „sich anwinden", d. h. sich durch Annäherung in Verbindung setzen, natürlich mit dem Gute und behufs der Vindikation: Haltaus Glossar.

Der römische Erwerber sprach nun die begleitenden Worte: „Ich sage, daß diese Sache aus dem Rechte der Quiriten mein ist". Bei der ächten Vindikation trat hinzu: „secundum suam causam sicut dixi. Ecce tibi vindictam imposui." Vindicta ist gleich festuca; man scheint eben bei der In Jure Zession späterhin die Formalitäten verkürzt und so auch die Festuka weggelassen zu haben.

Nach dieser einseitigen Vindikation frägt der Richtermagistrat den veräußernden Eigenthümer (Ulp. 19, 10), ob er gegenvindizire. Verneint oder schweigt dieser — und hierdurch erst stellt sich das Wesen der In Jure Zession heraus —, so spricht der Magistrat dem Vindikanten die Sache (das Eigenthum) zu. Dieser Spruch ist, wie ein richterliches Endurtheil, nur unter den Partheien von Bedeutung; dort aber, nicht auch hier, liegt eine freiwillige Veräußerung unter. Das Ganze hieß „Legis Aktio", in hervorragendem Sinne darum, weil es im römischen Rechtsleben die gemeine Anwendung der Legis Aktio als der Einleitungsform wirklicher Prozesse überdauerte.

Uebrigens diente die In Jure Zession in noch ausgedehnterem Maaße wie die Manzipation auch dem Erwerbe von Unkörperlichem. Daß Ulpian 19, 11 unter den deßfallsigen Beispielen keine Landservitut nennt, bestätigt sogar den Gedanken, daß diese als Eigenschaften des Grundstücks, darum selbst als körperlich und folglich als manukapirbar erschienen. Freilich nennt Ulpian hier überhaupt nur eine Servitut als Beispiel; oder mag er bei

---

producere contra eum. Et, si ille, cui quaeritur, dixerit, quod legibus teneat ea quae tenet, et talia sunt testimonia qui hoc veraciter affirmare possint: hujus rei veritas ... comprobetur. — Dabei erinnert man sich des altrömischen: „Postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris?" — „Jus peregi sicut vindictam imposui."

der Auswahl des „Nießbrauchs" grade diejenige Servitut bezeichnet haben, welche nächst den Landservituten anscheinend die älteste ist, um auf diese Weise die weitere Anwendbarkeit der In Jure Zession vor der Manzipation in's Licht zu stellen. Ferner nennt er „hereditas", die auch nicht mancipi, sondern sogar unkörperlich ist, und „tutela legitima libertae". Die „hereditas" kann erst angetragen, oder sie kann bereits angetreten sein: §. 12 ib. Die erstre kann nur der gesetzliche, die letztre auch der letztwillige Erbe gerichtlich abtreten: §. 13 ib. Erstrenfalls kommt der Erwerber ganz in die Lage des gesetzlichen Erben, letztrenfalls dagegen bleibt der Abtretende im Verhältniß zu den Gläubigern des Verstorbenen Erbe,[1]) während dessen Schuldner vollständig frei werden: §. 14 ib. In beiden Fällen aber gehen die körperlichen Sachen so über, als wären sie sämmtlich einzeln im Gerichte abgetreten worden: §. 15 ib. Der nothwendige Erbe konnte seiner Natur nach keine wirksame In Jure Zession vornehmen; es scheint ziemlich willkührlich, daß die Prokulianer dieß läugneten, indem sie ihn einem „freiwilligen Erben, der bereits antrat", rechtlich gleichstellten: Gai. 2, 37.

Für die unkörperlichen nec mancipi res war die In Jure Zession die einzige Erwerbsform, und also ist der Gedanke nicht abzuweisen, sie sei für diese zunächst erdacht worden. So für die Gebäudeservituten: Gai. 2, 29. So für den Nießbrauch: §. 30 ib., auch Verlustform, d. i. Form der konsensmäßigen Rekonsolidation mit dem Eigenthum: Paul. 3, 6 §. 32.

Nur ist „Erwerbsform" hier in dem römischen Sinne von „Uebertragungsform" zu verstehen, denn, wird das Eigenthum manzipirt, so kann allerdings der Nießbrauch zurückbehalten werden. Dieß ist zwar eine Bestellung des Nießbrauchs, aber nicht wird der Nießbrauch selbst manzipirt, da er bisher gar nicht existirte: Gai. 2, 33.

Daß Forderungsrecht entstehe, falls Negidius auf des Agerius „Aio te mihi dare oportere" hin nicht negirt, ist theoretisch nicht zweifelhaft. Aber

---

1) „Post obligationem" steht daher als Gegensatz zu „ante aditionem" bei Gaius 2, 35. 36.

1) war die außergerichtliche Stipulation bequemer, während sie ebensogut die debendi causa verhüllt und streng klagbar ist —

2) war Jenes keine In Jure Zession, weil ein Forderungsrecht dadurch erst geschaffen wurde, jedes Forderungsrecht aber unveräußerlich[1]) ist: vgl. Gai. 2, 38. Denn auch die Novation bedingt den Untergang der bisherigen Obligation, nicht bloß (wenn sie a persona in personam geschieht) den Wechsel in der Person des Trägers einer Partheirolle. Wohl kann der Gläubiger den Werth[2]) seines Rechtes in der Art „abtreten", daß die Stellung seines Schuldners dadurch nicht berührt wird, der „Empfänger" durch die Denunziation lediglich der richtige Zahlungsempfänger wird, auf Grund der „Zession" nur als „Anwalt" klagt, das Einbekommene allerdings nicht zu erstatten braucht: indessen ist, bei der Ausschließung aller Anwaltschaft im altrömischen Prozesse, diese nützliche Erfindung weder alt noch auch brauchte sie, wie die Anwaltbestellung überhaupt, „im Gerichte" zu geschehen, noch endlich veräußerte sie das Forderungsrecht: vgl. Gai. 2, 39.

Die Freilassung des Sklaven konnte mittelst Manzipation nicht geschehen. Denn der Sklave ist nicht, wie das Hauskind, Mitglied der Volksgemeinde; er ist aber auch nicht Waare bei dieser Art von Geschäft. Man bediente sich also der J. J. Z.: Gai. 1, 18. Unter den drei altbürgerlichen Freilassungsformen steht sie, als die älteste, voran, als ein Schleichweg, nämlich um durch Privatautonomie einen Sklaven zum römischen Bürger umschaffen zu können, während die Verleihung der Mitgliedschaft in der Gemeinde doch von Gottes und Rechts wegen nur der Gemeinde selbst zustehen durfte. Erst als mittelst jenes Schleichweges der neuere materielle Rechtssatz anerkannt war, wonach der Herr jenes Freilassungsrecht habe, genügte die censualis — wobei der Zensor in Vertretung der Volksinteressen das Gesuch immer noch zurückweisen konnte —, und seit dem Tafelgesetz die testamentaria professio, welche, als die freieste, auch am Leichtesten und Häufigsten ihre Schranken in der bürgerlichen Gesetzgebung fand. Den höhern Werth behielt die J. J. Z. als Freilassungsform noch

1) Mühlenbruch, Cession, 3. Aufl. §. 4.
2) Vgl. bonorum, ususfructus u. dgl. cessio.

in den leges Aelia Sentia und Junia Norbana. Hierüber Näheres mitzutheilen, ist hier nicht der Ort. Vgl. z. B. Gai. 1, 38. Ulp. 1, 12.

Die J. J. Z. sank früher als die Manzipation, vor der sie ja auch die größere Unbequemlichkeit voraus hatte, dahin. Im Jahre 355 nach Christi Geburt kann sie nicht mehr üblich gewesen sein: arg. a contr. c. 7 Th. don. 8. 12. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß sie bei Schenkungen am Längsten sich erhielt, und hier grade durch die neuere Insinuation, als Rest der alten J. J. Z., abgelöst wurde.

Welche Erwerbsform aber insbesondre für servitutes nec mancipi in den Riß eintrat, dieß ist bekanntlich eine der heißesten Fragen, welche zwischen den Romanisten unserer Tage in ihrer Lösung entgegengesetzt beantwortet werden. Zur richtigen Erledigung kann in der Eigenthumslehre ein Beitrag nicht versucht werden.

§. 3. Von der adquisitio per censum ist selten in den Quellen die Rede. Ueber die Form wissen wir nichts Näheres; über die materielle Kraft äußern einige Stellen sich dahin, daß die deductio in censum dem dritten wahren Eigenthümer nicht präjudizire, an sich nicht Eigenthum verschaffe, was überaus selbstredend ist. Denn sollte diese einseitige Anmeldung dem guten Rechte eines Andern ein Ende bereiten können? Demnach sagte bereits Q. Muzius Skävola libro sing. ὁρῶν (in l. 64 a. r. d. 41, 1): Quae quisque aliena in censum deducit, nihilomagis ejus fiunt.

Und Ulpian libro 3. de censibus in l. 4, 4 cens. 50, 15 verweigert dem Vindikationsbeklagten jede peremptorische Einrede daraus, daß er das Grundstück beim Zensus angemeldet, Kläger dagegen dieß unterlassen habe.

Wie aber, wenn der wahre Eigenthümer die Umschreibung auf den Erwerber beim Zensus gestattet oder nachträglich genehmigt hatte? In diesem Falle tritt der eigentliche Begriff der alienatio per censum hervor, und müssen wir behaupten, daß die angewendete Form manzipationsgleich wirkte:

C. 7 don. 8, 54: Reskript Diokletian's und Maximian's vom Jahre 290: Censualis quidem professio domino praejudicare

non solet. Sed si in censum velut (=als die seinigen) sua mancipia deferenti privigno tuo consensisti, donationem (es ist animus donandi oben stillschweigend vorausgesetzt) in eum contulisse (gleich tibi quasi domino praejudicasse, also dominium tuum alienasse) videris.

Auch hier geht also der Anstoß zur formellen Geschäftsvollziehung vom Erwerber aus. Uebrigens muß der Besitz bereits vorher des Erwerbers geworden sein, denn er ist Voraussetzung der Besteuerung und zensualischen Anmeldung. So war denn der Untergang der mancipi res im Rechte auch der Untergang der alienatio per censum als einer besondren Eigenthumserwerbsform, da nun die Eigenthumsübergabe allein schon als Veräußerungsform ausreichte. Den genauen Zusammenhang zwischen „zensirbar" und „mancipi Sein" lehrt auch Cic. pro Flacco 32, 80.

Die Vollendung des Eigenthumsübergangs mittelst Zensus war wiederum die Addiktion seitens der Obrigkeit (Zensor, Zensitor, Peräquator): vgl. l. 30, 3 a. r. d. 41, 1.

§. 4. Die Addiktion erhielt sich, als Eigenthum begründend, unter den Attributen der richterlichen Macht. Nicht kann sie Entscheidung von Rechtsstreit sein, denn es ziemt dem Richter in dieser seiner regelmäßigen Funktion, vorhandnes Eigenthum anzuerkennen, nicht aber, solches zu übertragen. Dennoch kann die Addiktion das im Privatwege eingegangene Rechtsverhältniß zu seiner letzten naturgemäßen Lösung und Vollendung bringen.[1] So die pignoris addictio, der richterliche Pfandzuschlag an den meistbietenden Käufer.[2] So die Addiktion von Sachen eines Verur-

---

1) Ebenso vermag sie das Gesetz zu erfüllen. So im Falle des Kapitulare 1, 11 Ludwig's des Frommen v. J. 819 (bei Baluz t. 1 p. 408 Venetiis 1772): „Cujuscunque hominis proprietas ob crimen (ejus) ... in bannum fuerit missa, et ille, re cognita, ne justitiam faciat venire distulerit, annumque ac diem in ... banno illam esse permiserit: ... ipsa fisco nostro societur." Dieß geschah in der Form der „Addiktion an den Fiskus." Materiell berechnete sich das Vermögen natürlich nach Abzug der Schulden, und präjudizirte die Addiktion nicht fremdem Eigenthume. Waren die Güter noch zwischen Miterben unaufgetheilt, so sind die unschuldigen Miterben behufs Realisirung ihrer ihnen nicht zu entreißenden Antheile vorzuladen.

2) Für die gemeine Praxis, wonach der Ueberbotene in das höhere Gebot des Nachbietenden einzutreten und im Falle der Ausübung vorzu-

theilten an seinen siegreichen Gläubiger, in Vollstreckung des Urtheils. Vgl. l. 15, 6 re jud. 42, 1, und das Reskript Gordian's in c. 3 si in c. jud. pign. capt. sit 8, 23:

In causa judicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi, quam jure dominii possideri consueverunt. Si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet.

Das possideri jubere war auch Inhalt des zweiten Dekrets wegen nichtgeleisteter damni infecti cautio:

l. 15, 33 d. i. 39, 2: Posteaquam autem quis possidere jure dominii a praetore jussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: ceterum nullus finis rei invenietur (erweisliche Restitutionsgründe vorbehalten).

Das possideri jubere ist Addiktion. Drum heißt es ebenso von der kaiserlichen Addiktion, in c. 1 j. dominii impetrando 8, 34, einem Reskript Alexander's an einen Pfandgläubiger:

Dominii jure pignora possidere desiderans, nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere, et, an solemnia peregisti, significare debuisti (nur kann das verpfändete „Gesammtvermögen" als Einheit unmöglich dem Gläubiger in Eigenthum zugesprochen werden).

Vgl. c. 2 ib., wo Gordian gutachtet:

---

kaufen befugt sein soll (Carpzov jurispr. for. 1, 32, 42), fehlt es an allen innern und äußern Gründen. — Richtig ist (Carpzov ib. 43), daß mit Willen des Eigenthümers, falls nur die Pfandrechte gedeckt oder die Pfandgläubiger auch sonst einverstanden sind, dem Ueberbotenen zugeschlagen werden kann, sei es aus Affektion sei es aus dem Intereffe seiner anscheinend bessern Solvenz. Denn nicht schon durch das „Meistgebot" wird man Eigenthümer, sondern erst durch Empfang kraft Zuschlags. Unter jenen Beschränkungen kann vor vollendetem Subhastations-Verfahren auch heimlich dem Nichtbietenden verkauft werden. — (Carpzov ib. 45:) Der Bietende kann vor dem Zuschlag widerrufen, und es ist widerrufen durch Uebergebot. Letztres ist wichtig, falls z. B. der Meistbietende sich als insolvent herausstellt. Der Zuschlag perfizirt den Eigenthumsvertrag durch begleitende Besitzübergabe und Preiszahlung oder bgl.; ohne die letztre perfizirt er lediglich das Kaufgeschäft. Der Ablauf der Subhastationszeit steht nicht dem Zuschlage, das Meistgebot betreffend, gleich, sondern es kann eine neue Tagfahrt beraumt werden falls nicht zum Voraus darauf verzichtet war.

Si creditor pignus jure dominii a nostra serenitate possidere petiit, et post formam rescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur.

In allen Addiktionsfällen ist die Besitznahme Voraussetzung. Z. B. auch aus der missio ex secundo decreto erwirbt missus das Eigenthum erst durch die Besitznahme: „dominium capit possidendo“: arg. l. 15, 26 d. inf. 39, 2. Brinz Pandekten S. 203 f. Eine eigenthümliche Art von Addiktion, entsprungen aus dem deutschen Immobilareigenthumserwerb durch Intabulation, ordnet das österr. G. B. §. 1498 an: Wer eine Sache ersessen hat, kann gegen den bisherigen Eigenthümer bei dem Gerichte die Zuerkennung des Eigenthums ansuchen, und das zuerkannte Recht, wofern es einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmacht, den letztren einverleiben lassen. — Hierin liegt zugleich eine moderne provocatio ad agendum.

§. 5. Nicht der Addiktion gleich, sondern zu derselben gestellt wie jus zu judicium, ist die Adjudikation. Dazu gehörte ein legitimum judicium: Vat. fragm. §. 47, oder, wie Cicero pro Flacco 21, 50 sich ausdrückt, „judicium lege esse“, eine Theilungsklage, eine Anweisung seitens des In Jure sitzenden Magistrats an den Privatrichter (Ulp. 19, 16), zu adjudiziren (adjudicatio als Formelstück):[1] nur daß dieß Alles also bei Justinian sich nicht mehr beisammen findet. Was das Materielle anlangt, so beschränkt diese Erwerbsform sich nicht auf Eigenthum[2] und war von jeher neutral zwischen mancipi und nec manc. res. Sie setzt die Bruchtheile in wirkliche Theile um. Wird diese Umsetzung bequem nur auf eine solche Weise vollzogen, daß das richtige Verhältniß nicht gewahrt werden kann, so bilden Geldverurtheilungen den Stoff zur vermögensrechtlichen Wiederausgleichung: §. 4 J. off. jud. 4, 17. Was aber vom Theile gilt, das muß vom Ganzen gelten. Um so mehr also tritt das Nämliche dann ein, wenn die ganze Realtheilung unmöglich oder unstatthaft, d. i. nachtheilig, ist, und also

1) Sprachlich gleich dividere ist tweyen, zweien, d. i. theilen. Das allemannische Hauptwort Zweien oder Zwingen bedeutet die Grenzraine, welche in den Traditionsurkunden miterwähnt werden. Haltaus Gloss ar.

2) l. 6, 3 statulib. 40, 7: legatus ...., adjudicatus ...., usucaptus ...., traditus, vel aliquo jure tuus factus. — Dirksen s. v. adjudicare.

Einem das Ganze zugesprochen werden muß: §. 5 ib. Zu den Theilungsklagen zählt allerdings auch die finium regundorum actio.

Ganz richtig bestimmt Hoffmann im Arch. f. ziv. Prax. 35 (1852), 10 als das letzte Ziel dieser Klage die äußere Regulirung [1]) der Gränze. „Gränzrichtungsklage" ist buchstäbliche Uebersetzung des römischen Kunstwortes, und giebt dessen Sinn treu wieder. Verfehlt ist jedenfalls die geläufige Benennung als „Gränztheilungsklage." Kann man doch hier regelmäßig ohne Adjudikation auskommen! [2]) Es sei denn, daß die Gränzen zwar ermittelt, (l. 4 pr. f. r. 10, 1) aber in anderer Richtung klarer zu ziehen sind, in welchem Falle, zu Vermeidung künftiger Verdunkelung und deßfallsiger Prozesse, der Richter die, an sich nicht richteramtliche, Pflicht hat, die klarere Gränze zuzusprechen: §. 6 ib. l. 2, 1 i. f. f. r. 10, 1. Sind die alten (l. 12 f. r. 10, 1) Gränzen nicht zu ermitteln, so hat auch dann das judicium die Natur des communi dividundo für das streitige Stück Landes. [3])

Die Adjudikation wirkt auch ohne Besitzübergabe sofortiges Eigenthum (§. 7 ib.) oder Ersitzungstitel.

Es adjudizirt der Richter ex aequo et bono: §. 20 J. aa. 4, 6. Seine obersten Rücksichten sind, das Nützlichste und das allen Partheien Genehmste zu treffen: l. 21 comm. div. 10, 3. Das judicium ist also bonae fidei so gut wie ein empti judicium; die Realtheilung hat den Effekt eines Tausch- oder Kauf-Geschäftes: c. 1 comm. utr. jud. 3, 38. War der Theilungsrichter von Jeman-

---

1) Tibull Eleg. 1, 3 v. 43: non fixus in agris, qui regeret certis finibus arva, lapis. — Sind gemeinschaftlich Gränzzeichen gesetzt, so bedarf es keiner actio f. r. mehr (l. 4, 10 f. r. 10, 1), so sehr die Eigenthumsklage möglich bleibt. Wiederhold Bem. über die a. f. r. in Linde's Zeitschr. 13 (1839) Nr. 3. So lange das Eigenthum — und vor demselben der Besitz — streitig ist, kann von Gränzregulirung noch keine Rede sein (l. 7, 5 comm. div. 10, 3. c. 3 f. r. 3, 39), bis die Besitzfrage entschieden ward. — Der Richter setzt die Gränzen: l. 44 rec. 4, 8.

2) L. 1 f. r. 10, 1: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei sit. — Dieses klassische Wort trifft zu, so oft der siegreiche Kläger das streitige Gränzstück nicht besaß, vgl. l. 4, 2 ib.

3) §. 20 J. aa. 4, 6: Actione f. r. inter eos agitur, qui agros confines habent. L. 2, 1 f. r. 10, 1: Judici finium reg. permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat.

den ernannt („gegeben"), der nicht das richterobrigkeitliche Recht hatte ihn zu ernennen: so ist zwar die Adjudikation nichtig, dennoch aber die durch die entsprechenden Besitzübertragungen vollzogne Unterwerfung der Theilhaber darunter gültig und wirksam: c. 2 ib. Zum Ersteigern werden mitunter auch Dritte zugelassen, besonders dann, wenn auf ein zu niedriges Gebot hin der andre Theilhaber erklärt, er habe nicht Geld genug, um bis zum wahren Preise höher zu bieten: c. 3 comm. div. 3, 37.

Seitdem bonitarisches Eigenthum eine rei vindicatio, in deren Formel nur das „ex jure Quiritium" fehlte, erzeugte, muß auch Theilung solchen Eigenthums mit Adjudikation haben stattfinden können; natürlich wandelte die Adjudikation das Eigenthum hier nicht in quiritarisches um. Jede Adjudikation genießt des prätorischen Schutzes; desselben bedarf aber nur diejenige, welche des zivilrechtlichen Schutzes ermangelt, und von der letztren offenbar redet Paulus in l. 44, 1 fam. erc. 10, 2:

Si familiae erciscundae vel communi dividundo actum sit, adjudicationes Praetor tuetur exceptiones aut actiones dando.

Paulus redet von Miterben und lehrt im Prinzipium wie unter ihnen neben der Erbtheilungsklage auch die einfache Theilungsklage vorkommen könne. Er legt in §. 1 den gewöhnlichen Fall unter, daß sie die Bonorum Possessio nachsuchten, daher der prätorische Schutz. Vgl. Keller, über Litiskontestation (1827), §. 12 Note 6 a. E., der die Stelle allgemein auf imperio continentia judicia zu deuten geneigt ist.

Es begründet die Adjudikation Ersitzungslage, falls der Adjudikatar zur Zeit der Litiskontestation aus entschuldbarem Irrthum die Sache für eine ihnen, den Partheien, gemeinsame hielt. Dieser Zeitpunkt fungirt hier also gleich dem des Abschlusses eines Kaufgeschäfts. Doch beginnt die Ersitzung auch dort erst, und zwar unter fortdauerndem Erfordernisse der redlichen Meinung, mit dem Besitzerwerbe. Hier also verläßt uns die Parallele des Falles, in welchem wirklich Gemeinsames adjudizirt wird. Denn der Besitz ist ein besondres Ersitzungserforderniß: l. 17 u. 41, 3. Beim Besitzerwerbe geht die redliche Meinung des Adjudikatars, anders wie des Käufers, dahin, daß das Empfangene bereits sein war. Somit fällt der titulus pro adjudicato in den Spezialtitel

pro suo. Denn fassen wir diese redliche Meinung negativ, so ist sie die Ueberzeugung, daß kein Anderer jetzt Eigenthümer war, und steht also der Fall auf gleicher Linie mit der Bemächtigung einer Sache die man für herrenlos erachtet, oder mit der Spezifikation, welche letztre freilich nicht eine Ersitzung mehr erfordert.

So mag denn die l. 44 §. 1 s. c. auch auf den Fall gehen, wo die Habe Dritter abjudizirt war. Denn auch Ulpian in l. 7 pr. Publ. 6, 2 sagt, daß, falls abjudizirt sei, die Publiziana zustehe. Gegen die übrigen Theilungsinteressenten muß man diese Klage auch ohne Tradition einräumen, da das gegenseitige Zugeständniß oder der richterliche Entscheid über das Miteigenthum Voraussetzung der richterlichen Theilung ist.

Der Adjudikatar des Ganzen ersitzt übrigens den ihm bereits früher anscheinend gehörenden Bruchtheil aus dem ältren Titel und von dem ältren Datum, unberührt durch die Adjudikation, da ja die Realtheilung oder deren Surrogat dem wirklichen Eigenthümer auch Nichts präjudizirt, geschweige denn Etwas zu nützen vermag.

§. 6. Die Uebergabe und der Empfang des Besitzes — die Tradition[1]) (vgl. v. Scheurl Beiträge [1853], 8: Sachen-

1) Capitulare 3, 10 Ludwig's des Frommen vom J. 819 (zum salischen Volksrecht): De affatomie dixerunt, quod traditio fuisset. — Affatomie von adframire = adrhamire heißt Bestätigung, besonders vor Gericht. Ueber adrhamire siehe auch die lex Salica emendata tit. 49: Meine Mobilien, welche ich bei Jemanden antreffe, greife ich und hinterlege sie bei einem Unpartheiischen (mittere rem in tertiam manum, intertiare; res intertiata). Demnächst muß Jener adrhamiren, d. h. vor Gericht seinen rechtmäßigen Erwerb, besonders durch Nennung seines Auktors, bekräftigen. Hiermit ist die Vindikation eröffnet. — Lindenbrog Form. 75: trado atque transfirmo. — Baluz Kap. Buch 4 K. 19 (t. 1 p. 523) v. J. 819, dazu Karl der Kahle, die lombardischen Gesetze und Ivo: Si quis res suas tradere voluit et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit in quo res positae sunt, legitimam traditionem facere studeat. Quodsi extra .... fuerit, adhibeat sibi de (talibus) qui eadem lege vivunt testes idoneos, vel, si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri potuerint, et coram iis traditionem (vgl. die röm. Manzipation in Abwesenheit des Grundstücks) faciat, et fidejussores vesturae (Gewähr) donet (accipienti), ut (hic) vestituram faciat. Et (post ea) heres illius nullam valeat facere repetitionem. Insuper et ipse per se fidejussionem faciat ejusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illan

erwerb durch Tradition) — als Verkörperung [1]) des Eigenthumsvertrages [2]) überträgt das Eigenthum: §. 40 J. r. d. 2, 1. Auch die Tradition ist eine Form, richtiger vielleicht eine That, [3]) denn negativ charakterisirt sie sich durch ihre Unbedürftigkeit aller bürgerlichen Sollennitäten: l. 9 §. 3 a. r. d. 41, 1, weßhalb sie auch von jeher technische Vollzugsform zu Veräußerung der Nek Mancipi Res war. Der Eigenthumsvertrag — (justa) causa: Ulp. 19

---

perficiendi. — Man begreift, daß dieß nicht die römische Tradition ist, wol Rechtsübertragung ohne Besitzübergang (Zasius Consilien, Ausg. von 1576: 1, 10, 4: Per investituram possessio non datur), eine Art nexu traditio, undenkbar ohne gleichzeitige Begründung einer Obligation, wenn gleich nur auf demnächstige Besitzübertragung. „Legitima traditio" bezeichnet nicht nur die bürgerliche Form, sondern auch überdieß die rechtliche Wirkung. Vgl. v. Wernher sel. obs. for. (ed. 1738) 1, 3, 25: In foro Saxonico ante resignationem emptor (directam) rei vindicationem non habet. 1, 4, 51: Dagegen genügt die Resignation ohne außergerichtliche Uebergabe nicht zur Eigenthumsübertragung (??).

1) Leyser spec. 39 med. 8: Pactum nudum de tradendo, nisi traditio realis accedat, dominium non transfert. Spec. 444 med. 1: Defectus traditionis translationem dominii impedit. — Strempel justa causa bei der Trad. (1856) S. 9: Trad. (engern Sinnes) als Form des Eigenthumsvertrages.

2) Vgl. Kant metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl. 1798, S. 97 f.: Erwerbung durch die That eines Andern, zu der ich diesen nach Rechtsgesetzen bestimme, ist jederzeit von dem Seinen des Andern abgeleitet, und diese Ableitung, als rechtlicher Akt, kann nicht durch diesen als einen negativen Akt, nämlich der Verlassung oder einer auf das Seine geschehenen Verzichtthuung, geschehen, denn dadurch wird nur das Seine aufgehoben, aber Nichts erworben, — sondern allein durch Uebertragung, welche nur durch einen gemeinschaftlichen Willen möglich ist, vermittelst dessen der Gegenstand immer in die Gewalt des Einen kommt und das Objekt durch Annahme das Seine wird. Die Uebertragung seines Eigenthums an einen Andern ist die Veräußerung. Der Akt der vereinigten Willkühr zweier Personen, wodurch überhaupt das Seine des Einen auf den Andern übergeht, ist der Vertrag.

3) Durch diese Auffassung läßt sich die Tradition gegen Rechtsphilosophen wie Grotius und Pufendorf vertheidigen, welche es dem Naturrecht allein angemessen finden, daß durch bloßen Vertrag Eigenthum übergehe. Man hat selbst aus dem R. R. die Trad. wegdeuten wollen mit Bezugnahme auf l. 16 f. dot. 23, 5; aber diese Stelle ist ursprünglich von der Mancipation, und in der justinianeischen Rezeption von der Zession der Rei Vindikatio zu verstehen; ganz falsch also schließt Gesterding Eigenthum S. 124: Wenn dem Manne das Recht zustand, die Sache zu vindiziren, so muß ihm auch das Eigenthum zugestanden haben.

§. 7 — ist das innere, die Tradition an sich das äußere Moment dieser freisten Form der Eigenthumsübergabe.

Die Tradition an sich gehört vielmehr in die Lehre vom Besitz. Es wird aber Besitz erworben „corpore et animo". Dieß ist, anlangend das corpus, nicht mit buchstäblicher Strenge so zu verstehen, daß, wer beispielsweise ein Grundstück besetzen (das römische possidēre) will, alle einzelnen Schollen desselben umwandeln müßte; sondern es genügt das Beschreiten einer beliebigen Scholle. Der animus jedoch muß stets auf das Ganze bis an dessen bewußte Gränze gehen: l. 3 § 1 a. p. 41, 2. Um so mehr reicht bei beweglichen Sachen das Anfassen an einem Ende körperlich hin, da die Gränzen hier in der räumlich selbständigen Ganzheit des Objekts absolut bestimmte, diese Sachen selbst besitzuntheilbare sind. [1])

v. Scheurl 1 S. 206 behauptet, ein Vertragsschluß mit einer unbestimmten Person sei undenkbar. Dagegen kann man sich viel-

1) Verwerflich dagegen sind die früherhin allgemein angenommenen Begriffe von fingirter und symbolischer Tradition. So untersucht Carpzov jurispr. for. 2, 33, 15, wann Besitz übergehe mittelst Tradition des Instrumentum, d. h. hier der Erwerbsurkunde. Zugegeben ist der Fall, „wenn Jenes in conspectu rei geschehe"; aber freilich ist die Uebergabe der Erwerbsurkunde dann grade durchaus unwesentlich. Gradezu falsch ist der andre behauptete Fall, „wenn das Instrumentum nicht über die justa causa praecedens allein sich verbreite, sondern selbst die Erwerbstitelurkunde sei", insofern nämlich die Partheien dann nicht (s. g. traditio instrumentis ad rem pertinentibus: Leyser spec. 445 med. 1) in conspectu rei tradendae sich zu befinden brauchten. Wie aber lösen wir das klassische Reskript in c. 1 don. 8, 54: Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere? So, daß die Sklaven mitzugegen waren, und daß die Uebergabe der Erwerbstitel den Vollzug des Eigenthumsvertrages beurkundet. Vgl. Kierulff Theorie d. gem. Civ.-Rechts 1 (1839) S. 383 Anm. Noch Thibaut, Besitz und Verjährung (1802) S. 40, längnet dieß, weil es nicht in der Stelle steht; aber man soll Singularitäten nicht vermuthen. Daß der Kaufbrief also die Uebergabe auch nicht beweise, führt Wesenbecius (1633) consil. 12, 54 richtig aus. — Nach deutschem (sächsischem, lübischem, holländischem, flandrischem ...: Webberkop de resign. jud. in Klein's diss. jur. 1716 Nr. 8) Rechte allerdings wird Grundeigenthum nicht durch wirkliche, sondern durch symbolische Tradition erworben; durch gerichtliche Uebergabe des Kaufbriefes, Schenkungsbriefes u. s. w.: lex Ripuariorum tit. 59 de venditione (= jede dingliche Uebertragung) §§. 1. 7. Alte Abbildungen des Vorganges giebt Grupen teutsche Alterthümer 1746 Kap. 1. Ueber

leicht auf die Auslobung berufen. Jenen Satz aber selbst für die obligatorischen Verträge zugegeben, so folgt daraus das Gleiche keineswegs für den Eigenthumsvertrag. Wir verweisen auf den römischen jactus missilium. Freilich darf man hier erst

---

haupt vgl. Grimm R. A. Einl. Kap. 4. Der Akt geschieht im ächten Ding. Sachsenspiegel 1, 52 §. 1. Struben r. Bedenken 1 (2 Aufl. 1772), Bed. 54: Von gerichtlichen Bestätigungen der Contrakte. — Er ist ermöglicht dadurch, daß der Veräußrer „aufläßt", d. h. erklärt, das Eigenthum de praesenti übertragen zu wollen. Eichhorn R. Gesch. §. 358. Das Geschäft im Ganzen hieß resignatio et investitura judicialis. Vgl. Kindlinger münster. Beitr. 3 Abth. 2 (1793) Urk. 120: dictorum bonorum manumissionem et resignationem coram sede nostra libera. Dieß also war nicht nur kursächsisches, oder, nach Carpzov, gemeines Sachsenrecht. Es zog sich ebensowohl sogar durch den skandinavischen Norden hin: Stjernhöök de jure Sueonum et Gothorum vetusto (1672) p. 234: Immobilium emptio vend. non aliter rata fuit, quam si publice et in judicio fieret. Bis dahin: Neuerecht. Privatkontrakt, vulgo „Bänckeliöp" = „ad scamnum emptio." P. 235: Baculum XII firmatores tangere debebant in signum perfecti contractus. Die Cärimonien sind h. z. T. veraltet. Es erübrigen die gerichtlichen Urkunden, nach den Cärimonien noch immer benannt als „Skafft och Skiötning." Vorher ist Rücktritt gegen gesetzliches Reuegeld möglich, welches im Falle des Handschlags mindestens verdreifacht wird. — Daß der Kaufpreis unbezahlt ... ist, steht dem Eigenthumsübergange aus solcher Form nicht entgegen: vgl. Bauer op. acad. 24; denn die Einstimmung der Partheien ist an jenes Erforderniß nicht gebunden, und der Sinn der Anwendung der Form ist aktuelle Eigenthumsübertragung. Dagegen kennt das alte Recht keine Preiskreditirung: lex Ripuar. tit. 59 §. 1. Erwähnung des gezahlten Kaufpreises in der Uebergabsurkunde: Lindenbrog Form. 127. Mon. Boica 5 Nr. 48 v. Jahr 1316. — Schon das hamburger Stadtrecht von 1270 läßt diese Eigenthumsänderungen in besondere Gerichtsbücher eintragen. Dieß heißt Einverleibung, Intabulation u. dgl.: östr. G. B. §. 431. Gebühren an Richter, Schreiber und Büttel: Schott Samml. zu d. D. Land- und Stadt-RR. 3 (1775) S. 163, Freyberger St. R. 36. — Man erkennt leicht, daß dieß im Wesen vielmehr der römischen In Jure Zession gleichkommt. Praktisch empfiehlt sich die deutsche Form durch ihre Publizität — bei Meichelbeck hist. fris. 1, 517 frägt der Veräußrer dreimal laut, ob Jemand Einspruch thue (Aufgebot) —: daher sie auch durch die Aufnahme der römischen Tradition nicht wegfiel; zumal weil eine große Sicherheit des Erwerbes daraus fließt, daß der Uebergeber selbst bisher als Eigenthümer eingetragen sein muß (östr. G. B. §. 432), denn auch verloren wird Immobilareigenthum nur durch die Löschung aus den öffentlichen Büchern (das. §. 444). — Dagegen vereinfachte die Form sich in ihren Sollennitäten, und am Ende erübrigte nur die gerichtliche Bestätigung des schriftlichen Eigenthumsvertrages: Eichhorn a. a. O. §. 450. — Die gerichtlich-feierliche Uebergabe von Allodialgütern mittelst

das Auffangen als den Perfektionsmoment behandeln; d. h. Vertrags-Schluß und -Erfüllung sind einander gleichzeitig. Das Auffangen nun setzt allerdings eine bestimmte Person voraus. Es scheint also richtig, daß mit einer relativ unbestimmten, absolut be-

---

Symbol's und mit Sicherstellung gegen Entwährung, zu Erbeigen, hieß Erbsal, von salen = übergeben (sellen = vendere, tradere: de Westphalen monum. ined. tom. 2 praef.), das Symbol selbst die Sale, die Bürgen Salbürgen, der Vermittler (Fiduziar): Salmann (Haltaus glossar. germ. med. aevi 1758), das also Erworbene salmannisch Eigen." Mon. Boica 4 (1765) Nr. 58 v. J. 1444, — Die alten Deutschen schrieben Nichts und führten noch keine öffentlichen Bücher; um so weniger entbehrlich waren die Feierlichkeiten, wachsend mit der Wichtigkeit des Geschäfts. Besondre Zeugen machte die Oeffentlichkeit der Verhandlungen überflüssig. Dingeswinde ist nach Brokes obs. 82 Gerichtszeugniß, dem Erwerber Diplom, mit der vollen Beweiskraft der spätren Gerichtsbücher; insbesondre war kein Eid dagegen zulässig. — Wir setzen aus dem Falke'schen codex traditionum Corbeiensium einige Fälle der ursprünglichen Form bei, um der Erkenntniß willen theils der symbolischen Natur, theils der Publizität dieser derivativen Grundbesitzänderungen: Pars 2 §. 133: Ibi testes fuerunt. Igitur, ne hujus traditionis aliquid imperfectum remaneret, jussit comes, illarum rerum fieri consignationem et manus vestituram per homines suos (folgen die Namen der Formzeugen). §. 139: Consignavit jussit et manus vestituram et inde (exinde?) fecit secundum morem Saxonicae legis cum terrae cespite et viridi ramo arboris. Quam hereditatem vice beneficii postmodum a praedicto abbate ipse recipit et uxor sua possidendam quamdiu quis eorum vixerit. Testes: ..... Pars 3 §. 231: Folclog fidelis foemina volens confirmare inviolabiliter traditionem hereditatis suae quae est in villa ...., alia quippe vice eam tradidit atque manus vestituram de ea fecit comiti advocato nostro, qui iterum eandem hereditatem ipsi uxori et viro suo (folgt dessen Name) jure beneficii resignavit (s. g. feudum oblatum. Römisch war hier jede Tradition unnöthig, s. g. brevi manu trad.; aber dieß hatte nur in der Formlosigkeit röm. Trad. seine Rechtfertigung.) excolendam quamdiu quis eorum vixerit (gemäß den kanonischen Bestimmungen war dieß das Aeußerste, was i. d. R. bewilligt werden durfte). Hoc quoque totum factum est ex consensu propinquorum suorum, et coram his testibus: .... — De Gudenus codex diplomaticus (1743) tom. 1, 379 v. J. 1284: (Werner Erzbischof von Mainz: ¼ vom Kastrum Hohenberg [Homburg] in der Wetterau) ecclesiae nostrae donamus (schriftlich), tradimus, donatione facta inter vivos, et in ecclesiam transferimus pleno jure, renuntiantes in praedicta donatione nostra ingratitudini ac omni exceptioni juris canonici et civilis. Testes praesentes (folgen die Namen). — Der Grunderwerber empfing eine Urkunde (charta) über den Vollzug der ächten Uebergabe, und bediente sich derselben gegen Vindikationen so, daß dagegen vorzüglich zu

stimmten oder bestimmbaren Person ein Vertrag geschlossen werden kann. Der genannte Gelehrte legt aber ferner gewissen Quellenäußerungen ein falsches Gewicht bei, wenn er den jact. miss. für eine, wenn gleich modifizirte, Dereliktion hält. Es ist derselbe

---

Anfechtungen zustanden: 1) Kläger habe ebenfalls eine Charte von demselben Auktor, aber ältren Datums; — 2) die beklagtische Charte sei falsch. Vergl. die formula vetus Lombarda bei Georgisch corp. jur. germ. ant. (1738) p. 1261. — Der ächte Schluß und die Vollendung des Grunderwerbs war die Investitur, d. i. Einfestigung, also Einweisung in das Gut mittelst unwiderruflicher präsenter und gehöriger Befestigung oder Bekräftigung; wer den Investirten spoliirt, macht sich der Disvestitur schuldig: p. 1262 das. (form. v. Lomb.): Domine comes! Hoc dicit (Kläger) Petrus, quod de terra, quae jacet in tali loco, investitus est ad proprium u. s. w. — Vestitura =: durch „Tradition" erworbenes Eigenthum: Neugart cod. diplom. Alemann. no. 189, post annum 816. „Revestire": das. Nr. 45 vom J. 766. „Manus vestita" für „possessio cum investitura": das. Nr. 12 v. J. 744. — Die festuca ist Zeichen der Rechtsbehauptung: exfestucare bedeutet demnach das Recht des Gegners förmlich anerkennen, insofern man bisher im Besitz war: Gudenus 3, diplomatarium ecclesiae S. Joannis no. 4 v. J. 1206: (Ludwig Graf v. Zigenhagen gibt der Kirche gewaltsam usurpirte Güter zurück:) exfestucantes renunciamus. Id. ibid. chartularium Retterense no. 7 v. J. 1273: (Schenkung) Dedimus et contulimus, abrenunciantes et effestucantes omni juri et proprietati quam hactenus habuimus. — Hier ist effestucare das Auflassen des Rechtes behufs Veräußerung; so auch id. ibid. diploma 175 v. Jahr 1325: (nachträglicher Erbenkonsens zum Verkaufe eines Weinberges) Effestucando renunciavi more debito et consueto. — Und Stangesol annal. circ. Westph. (1656) 2 p. 202sqq. v. J. 997: Cum festuca semel ab eodem exivit praedio. — Anwendung der Festuka in lex Sal. emend. tit. 48 de affatomie: Der Tunginus oder Zentenarius sagt einen Mallus an et scutum in ipso mallo habet. Tres homines causas tres demandare debent in ipso mallo, et requiritur postea homo ...., et sic festucam in laisum jactat. Et ipsi, in cujus laisum festucam jactavit, dicit verbum de fortuna sua, quantum ei voluerit dare. Preiszahlung. Später, im ächte Ding, Auflassung. Je drei Zeugen, also neun im Ganzen. — Hut und Halm kommen in eigenthümlicher Verbindung vor bei Guden a. a. O. diploma 315 v. J. 1365: (Notariatsinstrument über Verkauf) Recognoverunt se vendidisse. Monuerunt scultetum et alios scabinos, se informari, per quem modum deberent eadem bona resignare et iisdem renunciare. (Ein Skabine) quendam pileum in medium exhibuit, et dedit cuilibet legitimorum calamum ad manus, eos informando videlicet quod quivis eorum suum calamum ad pileum deberet ponere, et jactare in signum resignationis et renunciationis. (Sie thun also, den Käufer) per hoc inducentes. — Der Hut wurde in sehr verschiedener Weise zur Investitur (per pretum, d. i. Barrett) benutzt. Siehe Haltaus Glossar. — Harenberg

vielmehr in der That Tradition an einen relativ unbestimmten Empfänger, dessen Bestimmbarkeit jedoch aus dem das Auswerfen begleitenden Willen des Werfenden normirt ist: l. 9 §. 7 a. r. d. 41, 1. Als der Perser Kambyses Aegypten unterworfen hatte,

---

hist. eccles. Gandershemensis diss. 10 cap. 60 §. 3: Bona venditoris simul et semel (sämmtliche Anwärter) per pileum ad manus ecclesiae resignarunt. — Der Hut wird gegeben bei Belehnungen: de Westphalen mon. ined. 2 (dipl. Raceburg. 2) p. 2329 sq. vom J. 1438. Ueber den „gebräuchlichen Huttaft" s. Spangenberg Beitr. zur Kunde der t. R. A. (1824) obs. 36. — Calamus ist stipula. — Des Halmwurfs (Zeitwort guerpire, sc. in manum des Erwerbers: Pérard recueil de plus. pièces curieuses servant à l'hist. de Bourgogne [1664] p. 140) gedenken die Uebertragungsurkunden am Schlusse in den Worten „stipulatione subnixa", z. B. bei Markulf 2, 24 (concambium de terra aut vinea), bei Hontheim hist. Trevir. 1, 54 (Schenkung v. J. 776) „inviolata permaneat cum stip. subn.", bei Neugart Nr. 23 v. J. 758. Vgl. Schannat vindemiae litt. (1723) p. 46: se totius repetitionis de iisdem praediis in perpetuum manu et stipula abdicare. — Halmelich, d. h. cum injectione festucae sive stipulae, übergeben: Beispiel v. J. 1454. Mit Halm und Munde, ore et calamo: Arnoldi Beitr. z. d. D. Glossar. (1798) s. v. Halm. Thassilo giebt sein Herzogthum an Karl d. Gr. cum baculo in cujus capite similitudo hominis erat sculpta: Pertz mon. Germ. hist. 1 (1826) p. 43. — Sehr gewöhnlich war die Uebergabe einer Scholle (die röm. Vindikation, also auch in Jure Zession, enthielt eine Scholle als Symbol des Grundstücks) mit darin steckendem grünem Reis: gleba viridis, gröne Zoden, im Swabspieder Buch, bei de Westphalen tom. 4 v. J. 1435. Bei Leibnitius scriptores r. Brunsvic. 1, 27 Kap. 1 übergiebt Pfalzgraf Ezo bei Rhein seiner Braut Grundstücke in dotem cum ramusculo arboris ejusdem terrae involuto cespite. — Eine der einfachsten Formen war der Handschlag: Guden a. a. O. spicilegium diplomatum diploma 16 v. J. 1129: in manum donavit; id. V, diplomata Minzenbergico-Falckensteiniana, diploma 135 v. J. 1428: (Ich habe das Eigenthum) ufgeben zu ihren Handen. Neugart Nr. 549 v. J. 884: (Res) cum sua wanta (Handschuh, gant, chirotheca) potestative tradidit. — Bei Kindlinger münster. Beitr. 3 Urk. 62 v. J. 1226 bestätigen nach dem Tode ihrer Eltern die Erben deren Schenkung cum ore et digito. Möser osnabrück. Gesch. 3. Aufl. 1819, 2 Urk. 22 v. J. 1049: Delegavit in manum (des Beschenkten) praedia, investituram ejusdem traditionis statim illi cum digito suo promittens. — Neugart Nr. 69 v. J. 778: Per suum cultellum tradidit. — Mabillon annal. ord. S. Bened. 4 (1707) p. 116 v. J. 997: Traditionem atramentario, penna et pergamena, manibus suis de terra levatis, lege sua Salica fecit per fistucum nodatum, ramum arborum, atque per cultellum et guasonem. Id. 3 p. 403 v. J. 930: Leute ex natione Francorum res suas vendiderunt, traditione facta per festucam et andelaginem, per guasonem et andilagon,

ſandten die umliegenden Völker mancherlei Geſchenke, die Kyrenäer aber dem Könige zu geringe, deren dargebrachte Sendung baaren Silbergeldes der König daher eigenhändig unter ſeine Soldaten auswarf — διέσπειρε τῇ στρατιῇ: Herodot 3, 13 a. E.

---

per terram et cultellum et ramos arborum, et per ostium domorum. — Indiſche Form iſt, Waſſer auszugießen, welches der Erwerber mit der Hand auffängt und trinkt: Majer myth. Lex. 1 (1803) s. v. Bely. — Die Kirche wählte die Feierlichkeiten in ihrer Weiſe: vgl. Lindenbrog scriptores r. germ. septentrional. (privileg. archieccles. Hamburg. 33 i. f.): Ibi Gerbertus praesens laudantibus fratribus ...., videntibus et audientibus ..., atque omnibus qui in conventu illo aderant — nam publice actum est —, super reliquias nostras cum chirotheca, sicut mos est liberis Saxonibus, tradidit curtim. Aderat advocatus ecclesiae, qui chirothecam traditionis sacris reliquiis impositam, ut mos est, abstulit, et a Gerberto per digitorum extensionem promissionem accepit. Die Mutter als nächſte Erbin ex lege Saxonum donationem ejus ore laudavit et digito confirmavit (v. J. 1088). — Leuckfeld ant. hist. sel. (Halberstad. diplom. 59), v. J. 1114: Tradens super reliquias nostrae ecclesiae praedia cum consensu uxoris, sc. uxore cum elevatione digiti secundum jus seculare prius ibidem redonante quod sibi ab iisdem praediis in dotem evenerat. — Nr. 34 bei Lindenbrog enthält eine Uebergabe über dem Kreuz und den Reliquien. Meichelbeck hist. fris. (1724) instr. 633: Inclinavit in altarem S. Mariae et se ipsum tradidit in servitium et quidquid habuit. — Mon. Boica 24 (1821) Nr. 1 v. J. 1140: Delegare super altare. Meichelbeck instr. 484: In ipsum altarem cum cispite tradidit. 421: In altarem posuit cespites et fructeta. — 368: Vestivit cum corda unde signum tangitur (unter Ludwig dem Frommen). 510: Per funiculum signi ecclesiae vestivit. — Abentheuerlich iſt die Sage über den Urſprung von Kitzingen bei Pistorius amoenitates (1733) 3, 7 §. 4: Pipin's Tochter Hadolais, welche auf dem Schwanenberge Hof hielt, begehrte von ihrem Vater, ihr ein Kloſter da zu bauen, wo ſie den Handſchuh hinwerfen werde. — Die deutſchen Uebergabsurkunden enthalten i. d. R. noch ein weitſchweifiges Verzeichniß der akzeſſoriſchen Gerechtſame. Kaiſer Friedrich ſchenkt dem Erzbiſchof von Köln i. J. 1167 (Kindlinger 3 Urk. 20) eine Herrſchaft in folgenden Worten: Donamus omne nostrum jus ac dominium et totam nostram curtem in Andernaco, in hominibus, possessionibus, pratis, pascuis, silvis, terris cultis et incultis, in moneta, Thelonio, placitis, piscatoribus, molendinis et districtu, omnique honore ac justitia eidem curti attinente. (Urk. 58 v. J. 1223:) cum familiis, agris, pratis, aquis, pascuis, et omnibus attinentiis. (Urkunde 1 vom J. 934: cum omnibus ad haec pertinentibus, cum curtilibus aedificiis mancipiis agris pratis pascuis aquis silvis omnibusque ad haec jure legitimeque aspicientibus. — Unter den Symbolen iſt manches Intereſſante aber auch ſchwer zu Erklärende; ſo nach Mainzer (und ſonſtigem) Herkommen (Guden 2, diss. hist.

Man sieht, das Verfahren war kürzer als eine Vertheilung, und Behendigkeit sowie eine Reihe andrer kriegerischer Eigenschaften begründeten vorzügliche Antheile. Solches der Menge gegenüber zu vollführen, war in Rom Sitte der Konsuln und Prätoren:

---

de jud. saeculari Mogunt. exemplar 13 v. J. 1316) die Besitznahme des Hauses mittelst eines dreibeinigen Stuhles. — Die Thüre auf- und zu- zu machen war Zeichen, daß man den Besitz des Hauses antrete; vorher setzte man sich öffentlich auf den Stuhl. Der Stuhl als Sitz (vergl. possessio) ist Besitzeszeichen nach Frankenrecht; die drei Beine entsprechen einer dreimaligen Erklärung der Besitzesauflassung (vergl. die dreimalige Manzipation des röm. Hausſohnes). Haltaus Glossar. Bei Kopp, ausführl. Nachricht v. d. Verf. d. Gerichte in den kassel. Landen 1 (1769) §. 418, dient der dreibeinige Stuhl als Symbol der richterlichen Addiktion in Hülfsvollstreckung wegen verfallenen Pfand- oder Eigenthums-Vorbehalts. — Vgl. die Addiktion in den freibergischen Statuten Art. 51 (Walch Bd. 3): Der Richter greift an an den Thürstöckel oder an den Thürring, oder was es ist, das soll er ihm in die Hand geben und sprechen also: .... Meichelbeck 1 Nr. 538: Per postem et superliminarem domûs de suo jure et potestate in jus et potestatem (des Empfängers) vestivit. Der Erwerber, nachdem Jener hinausging, sitzt drei Tage und Nächte legaliter im Hause. Nun ist vestitura peracta. Kuchenbecker, analect. hass., collect. 3 (1730), 3 (Estor miscell. de judic. Hass.) §. 8 i. f. v. J. 1350: Ist der Heinrich kommen und hat sich zu solchem Hofe lassen eigen, und hat der Schultheiß Heinrichen in solchen Hof gesast, gewert und geeignet zu besseren Rechten .... und hat ihn gesast mit Kassen und mit Stuhle auf denselben Hof. — Ganz räthselhaft ist das unten betonte Wort in Guden 5, diplomatarium ecclesiae Wetzlar. v. J. 1356: (Darlehensschein mit Pfandverschreibung. Darleiher habe die Summe richtig) geandelaget und bezahlt. Nach Haltaus ist „verandelagen" (verandelanwen: Kuchenbecker 5 [1731] diplom. S. Martini v. J. 1479) fränkisch für: in die Hand langen = reichen. Das Einfachere ist „verandern" = an einen Andern übertragen = veräußern, ganz wie alienare (alteratio). Legt man nicht besser „Lage" von „legen" unter, wie die Schuldtilgung mit „Webderleghen" bezeichnet wird? Vergl. die Urkunde bei Haltaus s. v. Rechtszwang. Siehe jedoch Lindenbrog Formel 18 (donatio): Per festucam atque per andelangum tradimus. Ebenso bei Erbeinsetzung: Form. 55. Danach müßte „Andelang" ein Symbol sein. Die Uebergabe der charta, chartula (Form. 58) traditionis (Form. 152) s. offersionis (It. sacra 3 p. 49 ed. Ughellus ed. 2, 1718), epistola (Form. 57), vertritt (Mabillon 3 p. 383 v. J. 925) die Festuka und den Andelang; daher darin steht: a die praesenti habeas, teneas: Form. 75. Am dunkelsten ist Form. 183: trado per meos wadros (wadios? arg. quadios bei Pérard p. 25) aut andelangos. — Wadius sc. confirmationis ist „Bürge" (vas, vadimonium): Meichelbeck 1, 122. — Der Schlüssel ist nicht Symbol zur Uebergabe des verschlossenen Raumes, sondern er räumt wirklich und sofort die Macht ein, den

§. 46 J. r. d. 2, 1. Dieſe „vilitas“ des „pecunias spargere“ unterſagen jedoch Valentinian und Marzian ſelbſt den Konſuln in dem erſten Geſetze Marzian's — c. 2 coss. et non sparg. ab his 12, 3 — als ein „expendere sine effectu“, als ein unlautres Trachten zugleich nach einer, den Kaiſern immerhin gefährlichen, Volksgunſt, als einen „error perdendi“. Als beſten Rath geben ſie den: Operi necessario proficiat, quod erat incompetenter projiciendum. Daher ſoll in Zukunft jährlich ſeitens der Konſuln die Summe von 100 Pfund Goldes zur Ausbeſſerung der hauptſtädtiſchen Waſſerleitungen gegeben werden, auf daß der Konſul wiſſe, er habe dem Vaterlande und zwar zu dauerndem Werke gegeben. — Dieſe legale Konverſion liefert in der Angabe des Betrages eine intereſſante kulturgeſchichtliche Notiz: die von den Konſuln bisher durch j. m. verſchwendete Summe muß mindeſtens ebenſo bedeutend geweſen ſein; in niedrigem Ehrgeiz ſuchte natürlich der Kollege den Kollegen, der Nachfolger den Vorgänger zu übertreffen und auszuſtechen; gar mancher ruinirte alſo Ver-

---

Raum nach Belieben zu benutzen; vgl. Gylmann symphorema supplicationum pro processibus pars 1 tit. 7 no. 154. Uebergabe ſolcher Mobilien, welche keine körperliche Uebergabe zulaſſen, „durch Zeichen“, geſtattet das öſtr. G. B. §. 427, z. B. bei Frachtgütern, Waarenlagern oder ſonſtigen Geſammtmaſſen. In die Stelle des Körpers treten die Werkzeuge, durch welche der Uebernehmer in den Stand geſetzt wird, ausſchließend den Beſitz der Sache zu ergreifen; oder ein mit der Sache zu verbindendes Merkmal, woraus Jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlaſſen wurde. — Offenbar iſt dort an Schlüſſel, hier an das Zeichnen gedacht. Aber dort muß nach gemeinem Recht die Sache gegenwärtig (a. M.: O. A. G. Dresden 1849 bei Seuffert 3, 5); hier darf die Meinung nicht bloß die ſein, die Waare als individuell gekaufte zu ſpezifiziren (vgl. O. A. G. Lübeck 1850 bei Seuffert 3, 143). Das läugnen wir nicht, daß die Einhändigung der Schlüſſel eine Erlaubniß zur Beſitzergreifung enthält, und alſo, wenn der leere Beſitz demnächſt ergriffen wird, Eigenthum, jedenfalls Beſitz, nun übergeht. Daß aber die Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung auf die Sache, ohne deren Verwirklichung, zum Erwerb aus Tradition ausreiche: dieß iſt nach römiſchem Recht falſch. Hat A den Beſitz bereits verlaſſen, um dem B den Einzug zu ermöglichen, und trabirt ihm, nicht angeſichts der Sache, „durch mündliche Erklärung“, ſo iſt, trotz Hufnagel Mittheil. N. F. Nr. 16, nach R. R. noch nicht trabirt. Er verſuche, einzuziehen; A kann ihn mittelſt ſeines ſachlichen Verhältniſſes noch immer daran hindern. Es giebt eben keine verbalis (Leyſer spec. 207 med. 1), ſondern nur eine realis, oder rei praesentis, traditio (Leyſer spec. 445 med. 3).

mögen und Familienglück; nur der Reiche strebte als fähiger Bewerber die konsularische Würde an, welche so wenig mehr Macht brachte als sie dem reinen Verdienste offen stand. Der Konsulat war nur noch eine Ehre: Zeno c. 3 ib. Nov. 105 Prooemium. Dem Erlöschen trat er nahe durch die steigende Maaßlosigkeit der Ausgaben. Das alte Schicksal der Luxusgesetze, nämlich ihre Kraftlosigkeit in dem Bemühen gegen das Naturgesetz und den Strom der geschichtlichen Entwicklung anzukämpfen, scheint also auch hier zugetroffen zu sein. Die Kaiser brachen ungern mit der ruhmvollsten Ueberlieferung des alten Rom; andrerseits mochten sie die Reichsten nicht grade am Liebsten als Konsuln sehen, da Reichthum unter allen staatlichen Verhältnissen Unabhängigkeit und Selbstgefühl erzeugt. So beschränkt und regelt gesetzgültig Justinian a. a. O. Kap. 1 auch die dem Volke durch die Konsuln darzubringenden Lustbarkeiten.

Was den j. m. betrifft, so mußte der Konsul nach wie vor dazu im einzelnen Falle die kaiserliche Erlaubniß einholen. H. z. T., z. B. im preuß. L. R. 1, 9 §. 348, darf, wegen sonst zu besorgender Unordnung, ohne Genehmigung der Polizeiobrigkeit Niemand öffentlich Gelder auswerfen oder Sachen preisgeben.

Mit der Dereliktion nun hat der J. M. gemein den Willen des bisherigen Eigenthümers, nicht mehr Eigenthümer zu sein, nebst der Gleichgültigkeit, wer durch Aneignung das Eigenthum erwerben wolle und könne, worin übrigens der Wille liegt, der Aneignende solle Eigenthum haben: l. 5 §. 1 pro der. 41, 7. Der Unterschied aber tritt darin hervor, daß der letztre Wille bei dem J. M. eine positive Eigenthumsübertragung bezweckt, in der Dereliktion dagegen nur das Negative, nämlich das Aufgeben des Eigenthums, so daß schon das Rechtsgesetz an und für sich allein den Erwerb des Okkupanten vermittelt. Im J. M. also wird die Sache in keinem Zeitpunkte herrenlos. Der Wille des Auswerfenden erfüllt sich erst durch das jenseitige Aufheben, der des Wegwerfenden ist in sich abgeschlossen. Nur der erstre Wille endlich kann demgemäß auf einen Kreis Aufhebungsberechtigter sich beschränken, alle Uebrigen aber von diesem Rechte ausschließen; und so war es wirklich bei dem Auswerfen unter die Truppen; der aufnehmende Nichtsoldat beging zweifellos einen Diebstahl.

Ist aber der J. M. (Wurf in die Gribbel [von Greifen], Gribbelwurf) theoretisch unbedenklich, so gilt um so mehr die Uebergabe seitens des dem Empfänger unbekannten Prinzipals des thatsächlich Gebenden, sowie an den dem Geber unbekannten Prinzipal des thatsächlich Empfangenden. Denn hier ist die andre Parthei nicht einmal unbestimmt, sondern lediglich der einen unbekannt, so jedoch, daß sie durch die Demonstratio als der Prinzipal für jene Partheirolle auch relativ und bereits beim Weggeben der Sache u. s. w. bestimmt ist. Dagegen ist zu läugnen, daß, außer im J. M., der Sinn des Gebers jemals auf einen unbestimmten Empfänger sich richte oder sich richten könne; außer etwa in Fällen, die man erdichten könnte, in welchen analog dem J. M. die Bestimmbarkeit des Empfängers durch den künftigen Ausfall einer Bedingung jetzt schon gegeben ist. Freilich geht Puchta Vorless. §. 148 a. E. Nr. 3, welchem Vangerow §. 311 Anm. 1 nachfolgt, bedeutend weiter, indem er das Umgekehrte zur Regel erhebt: Falls des Gebers Wille überhaupt nicht auf ein bestimmtes Individuum ausschließlich gerichtet sei, wie i. d. R. beim Kaufe: dann stehe dem unmittelbaren Erwerb des Eigenthums (durch den Prinzipal des Empfängers, während Geber gar nicht weiß, ob Empfänger für sich selbst oder für einen Andern handle) Nichts entgegen, da ja Eigenthum an eine unbestimmte Person übergeben werden könne. P.'s Meinung stellte sich fest gelegentlich eines Rechtsfalles, den er mitzubegutachten hatte; und dieß rief die Abhandlung über diesen Gegenstand hervor, welche Nr. 32 in seinen kleinen civilistischen Schriften bildet. Wollspinner A stand mit dem auswärtigen Handelsmann B der Art in Geschäftsbeziehung, daß B für A die Wolle rings in seiner Gegend aufkaufen sollte. Die nöthigen Geldmittel empfing B von A zum Voraus. B nun kauft auf, nicht ausdrücklich für einen Andern (A), auch nicht so, daß er sich als Agent des A ein für allemal hierin proklamirt hätte: sondern er führt lediglich seine Bücher deßfalls auf A's Conto. In einem Zeitpunkte, in welchem noch nicht alle zusammengekaufte Wolle an A weiterversandt war, bricht über B Konkurs aus und die Gläubiger bestreiten dem A das Eigenthum der rückständigen Wolle. Entgegen Puchta, kann ich mich hier nur zu Gunsten der Gläubiger entscheiden. A ist demnach selbst, durch seine directa

mandati actio, lediglich Konkursgläubiger. Das aber können Jene allerdings nicht behaupten, die dem A vorliegende bisherige Unbestimmtheit (?) der Waare sei für ihn ein Eigenthumshinderniß. Puchta's Ansicht hatte, wie es scheint, ihren ersten Ursprung in einer (ungedruckten) Aeußerung Savigny's. Er denkt nur an Kauf mit Baarzahlung, denn nur hier in der That ist dem Verkäufer die Person des Erwerbers regelmäßiger Weise gleichgültig. Aber hier verwechselt P. Grund und Sinn der Verkäufer. Ebenso irrt P., daß, bei Annahue unsrer Meinung, B lediglich Detentor sein könnte, was allerdings zu den fabelhaftesten Konsequenzen führen müßte. „Er notirte die Waare dem A." Gewiß, wegen seiner Ablieferungspflicht, wegen der entsprechenden direkten Mandatsklage. Hätte er sie selbst als „Eigenthum" des A notirt, so wäre dieß entweder ein schlechter Ausdruck, oder sogar ein Rechtsirrthum, und B selbst dennoch Eigenthümer: es wäre plus in re, quam in existimatione mentis. Für uns steht auch die Entscheidung des O. A. G. Lübeck 1833 bei Seuffert 5, 112, und Kiel 1851 bei S. 5, 253. Kannte er das Recht, so würde er seine Notiz richtig gemacht, so würde sein Wille sich auf den eignen formalen Erwerb erstreckt haben; also koexistirte, obwohl unbewußt, dieser Wille als ein eventueller. Zum Theil gegen P. erklärt sich Scheurl 1 S. 208 ff.; aber auch dieser ist, wenigstens auf S. 212, nicht klar. Unsre These lautet so: Der Geber kann (außer beim J. M., wo doch auch der Empfang selbst als den Empfänger bestimmend vorgesehen ist) nur einen bestimmten, wenn gleich ihm persönlich unbekannten (z. B. auch „den Prinzipal des Empfängers") Erwerber im Sinne haben; und, erwirbt der Empfänger nicht für einen Andern, was beim Eigenthumsvertrage, wenn gleich stillschweigend, konsentirt sein muß, so schließt der Geber nothwendig mit dem Empfänger selbst ab, macht ihn zum Herrn.[1])

1) Brinz Pand. §. 55 gegen Ende meint jetzt: Wir werden die Köchin nicht zur Eigenthümerin der Hühner machen, die sie vom Markte heimträgt. — Einverstanden! Aber die Römer hatten für dergleichen: Sklaven, nothwendige Erwerbsinstrumente; und es darf wohl die passive Familienmitgliedschaft der eigentlichen Dienstboten nach deutschem Recht zur Begründung unmittelbaren Erwerbs durch jene ex re nostra und ex operis suis (inner-

Die Zulassung der unmittelbaren Stellvertretung bei der Eigenthumsübergabe wurde in Rom gegen die alte Rechtsregel aus praktischem Geschäftsbedürfniß festgestellt, weil sonst weder der Geber fortbesitzen würde, da er sich ja seines Besitzes entäußerte, noch der Empfänger, da ihm der ächte Besitzwille fehlt, er lediglich detintren will. Man könnte einwenden, die Uebergabe bewirke doch wenigstens nach Ansicht der meisten römischen Juristen dann keinen Besitzverlust, wenn jenseits kein Besitz erworben werde. Dagegen ist aber zu beachten, daß der Empfänger Detentor, und zwar nicht des Gebers, werden will.

So sagt denn die l. 1, 20 a. p. 41, 2: „Mittelst eines Geschäftsträgers oder Vormunds wird Besitz uns erworben. So oft diese Personen aber auf eignen Namen Besitz empfingen, nicht in dem (bei Uebergabe konsentirten) Sinne, lediglich uns den Dienst leisten zu wollen, so können sie uns nicht erwerben". Dieß Können zum Unterschiede jenes Wollens ist beweisend. Nur durch verwerfliches argumentum a contrario kann die Stelle beweisen sollen, daß der Besitz uns erworben sein muß, wenn der Empfänger in dem (aber auch nicht erklärten!?) Sinne, für den Dritten zu besitzen, empfing. Es wird vielmehr nur gesagt, daß der Dritte allein dann Besitzer werden kann, wenn der Empfänger nicht für sich selbst empfing. Das „in nomen suum" resp. „alterius emere" hängt auch mit der Buchführung zusammen, setzt aber die Notiz des Verkäufers, ebensogut wie der Empfang die Uebergabe, voraus, so daß nur falls Beider Notizen divergiren sonstiger Beweis erfordert würde.

Eine wahre Eigenthumsübergabe vollendet sich auch durch den Akt des Gebrauchmachens von der Erlaubniß des bisherigen Eigenthümers, uns seine Sache anzueignen. So bei der Fruchtperzeption, so auch im Falle der elegant erzählten l. 6 don. 39, 5, wo „quodammodo" und „quasi traditio" gesagt ist. Freilich ein physisches Uebergeben findet hier nicht statt, aber dieß schließt den Rechtsbegriff ächter Tradition nicht aus. Diese Aechtheit, diese

halb der gemietheten Dienste) benutzt werden, wie dies ja auch bei Justinian nicht durch Sklaverei allein bedingt ist, sondern z. B. auch für das Hauskind zutrifft. Hieraus aber ergiebt sich, daß unsre These von dem feinen Einwurfe Brinz' unberührt bleibt.

rechtliche Wirklichkeit grade von etwas nur implicite und tacite Geschehenem liegt in „quodammodo“ z. B. auch in l. 34 pr. a. p. 41, 2. Und „quasi“ bedeutet die rechtliche Charakterisirung als eine ächte, nicht bloß analoge, z. B. in c. un. §. 2 usuc. transform. 7, 31.

Der aktuelle Eigenthumsvertrag, geschlossen zwischen dem veräußernden Eigenthümer und dem erwerbenden Besitzer, überträgt für sich selbst Eigenthum, da die thatsächliche Uebergabe hier unnöthig ist. Führte man das Traditionserforderniß buchstäblich durch, so müßte der Besitzer übergeben, um sofort zurückzuempfangen. Diese beiden einander aufhebenden Akte wirklich vorzunehmen, würde eine lächerliche Formenliebhaberei sein; das Recht, welches die Vornahme dennoch forderte, verdiente für diese Pedanterie den Zopf. Ganz leicht machte sich die Sache auch nach der strengsten Theorie, seitdem die unmittelbare Besitzerwerbsvertretung im Rechte sanktionirt war. Danach nämlich ist der Eigenthumserwerber zugleich Vertreter des Eigenthumsveräußerers in der Eigenthumsübergabe. Im Namen des Veräußerers legt er sich selbst das Eigenthum zu, tradirt gleichsam an sich selbst, indem er, von jetzt an in neuem Sinne, den Besitz fortsetzt. Demnach giebt es für die Rechtsbetrachtung auch ein zeitloses Eigenthum, nämlich in der Vollziehung des seitens des Nichteigenthümers dem Eigenthümer ertheilten Auftrags, in dem Namen Jenes das Eigenthum auf einen Dritten zu übertragen. Denn da dieser Dritte vom Prinzipal des Gebers, und zwar das Eigenthum erwirbt, obwohl der Prinzipal bisher nicht der Eigenthümer war, so involvirt jene Vollziehung ein gleichzeitiges Doppeltes:

1) Den Vollzug des Eigenthumsvertrages von dem Mandatar auf den Mandanten. Der Mandatar wandelt sich in einen bloßen Detentor um, erhebt seinen Mandanten zum ächten Besitzer (s. g. constitutum possessorium). Der Dritte vertritt insoweit im Empfange den Prinzipal des Gebers.

2) Die Eigenthumsübertragung seitens des Mandanten auf den Dritten; der Mandatar ist hier Vertreter des Gebers; der Dritte empfängt insoweit für sich selbst.

Es kann nun rechtlich unmöglich sein, daß der Dritte aus der Natur des einzelnen Falles Eigenthümer werde; dann erwirbt der

Mandant das Eigenthum, insofern ihm ein solches Hinderniß nicht im Wege ist. Utile non debet per inutile vitiari. Damit ist aber die Nothwendigkeit jener rechtlichen Unterscheidung dargethan. Den Beweis liefert Ulpian in l. 3, 12 don. i. v. 24, 1: ... si (maritus) debitorem suum ei (uxori sc.) solvere jusserit, ... quaeritur, an nummi fiant eius (uxoris sc. Denn es liegt donationis causa zwischen den Eheleuten unter), debitorque liberetur (eine von der ersten verschiedene Frage). Et Celsus ... scribit, videndum (hier gleich verendum) esse, ne (bejahend) dici possit, et debitorem liberatum (damit ist die zweite Frage bejaht) et nummos factos mariti, non uxoris (Verneinung der ersten Frage); nam,[1]) si donatio jure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret, nam celeritate[2]) (zeitliche Einheit) conjungendarum inter se actionum[3]) (im weitern Sinne = Rechtsgeschäft) unam actionem occultari. Ceterum (1), debitorem creditori dare, (2) creditorem uxori, nec novum, aut mirum esse quod per alium accipias te accipere. Nam, et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo, jubente te, pecuniam acceperit (hier würden, wäre er verus procurator, zwei Forderungsrechte durch eine Zahlung getilgt), ... constat, ... ipsam pecuniam tuam esse.

In dem letzten Beispiel der Stelle konnte der Gläubiger des Gläubigers nicht Eigenthümer werden, weil er nicht Prinzipal des Empfängers war, weder Wissen noch Willen in Rücksicht auf das Geschäft hatte.

Ein vollzogener Eigenthumsvertrag liegt der Wirkung nach auch in der richterlichen Litis-Aestimation gemäß dem klägerischen Jusjurandum in Litem in dem römischen Vindikationsprozesse: l. 46 r. v. 6, 1. Vorausgesetzt ist, daß der Beklagte wirklich besitzt; daher die Uebergabe abermals unnöthig ist. Auffallender Weise braucht die Aestimation weder gezahlt noch kreditirt zu sein. In der That aber steht der Kläger von seiner Intention, d. i. vom Eigen-

1) Hier ist kein „et" einzuschieben.
2) Darin ist zugleich die praktische Erleichterung ausgesprochen.
3) Vgl. Leyser spec. 445 med. 7.

thume, ab um den von ihm selbst eingeschätzten Preis. Daher das Darreichen — offerre — des Preises immer dann zum Eigenthumsübergange erfordert wird, wenn die Aestimation nicht also durch den Kläger selbst provozirt und fixirt ist, vielmehr auf einer Ausgleichung der beiderseitigen Partheiinteressen durch die Thätigkeit des Richters beruht. Hier steht nämlich der Kläger keineswegs sofort von seinem Eigenthume ab, so wenig wie beim bloßen Kaufe, mit welchem dieser letztre Fall auch durch die vermittelnde Höhe des Preises entschiedene Aehnlichkeit hat: l. 7, 1 Publ. 6, 2. Wir sagten „offerre", nicht „solvere", weil Verzug in der Annahme den Eigenthumsübergang hier so wenig wie aus dem Kaufe hindern kann. Es erwächst ein neuer, und zwar gradezu der Kauftitel: l. 1 pro empt. 41, 4; ehemaliger Dolus hört auf, die Ersitzungslage, d. h. deren jetzigen Neuerwerb, zu hindern: arg. l. 22 pr. a. r. amot. 25, 2.

Geschah die Schätzung daher im Prozesse über Eigenthum gegen den Nicht- (s. g. fingirten) Besitzer, so zeigt die Traditionsnatur des Eigenthumserwerbs sich darin, daß erst die wirkliche Besitzergreifung diesem das Eigenthum verschafft, als die diesseitige Vollendung der aus dem jenseitigen (klägerischen) Willen begonnenen Eigenthumsübertragung. Daher der Richter die Aestimation nur vollzog gegen klägerische Kaution „quod per se (actorem) non fiat, possessionem ejus rei non traditum iri": l. 47 r. v. 6, 1. Diese rein negative Fassung enthielt gleichwohl noch das positive Element, daß der jetzige Kläger den später etwa erlangten Besitz dem jetzigen Beklagten herausgeben, wenigstens dulden wolle, daß dieser ihn sich hole. Denn, weigerte er Solches dann, so wäre er Hinderniß der Tradition.

Somit hindert es die Eigenthumsübertragung nicht, daß der Geber nicht besitzt: l. 24, 1 a. r. d. 41, 1: Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit (d. h. obwohl Du nicht einmal mein Detentor warst). Besitzt aber auch der Empfänger nicht, so kann das Geschäft dinglich wirken erst seitdem er den Besitz erlangte. Dieß Alles fällt unter den Rechtsbegriff der „Tradition": cf. l. 50 pr. r. v. 6, 1.

Also der Vertrag allein reicht zur Eigenthumsübertragung nicht aus: c. 20 pp. 2, 3. Vermeintliche Ausnahmen (s. g. legalis dominii transitus) sind folgende:

1) Justinian im Jahre 530 verfügte in c. 23 ss. eccl. 1, 2[1]) Folgendes: „Damit zwischen göttlichem und öffentlichem Recht einer- und Privatvortheil andrerseits geziemend unterschieden werde, so soll den Kirchen, milden Stiftungen und Städten, als Erben, letztwillig Bedachten, Beschenkten oder Käufern eine besonders spät verjährende Befugniß zustehen, das Erworbene einzutreiben. Das Gleiche soll in Anbetracht von Geld oder Geldeswerth gelten, welches zum Loskauf Kriegsgefangener hinterlassen oder geschenkt ist. Die betreffenden Klagen, auch die „Eigenthumsklage", sollen nämlich erst in einem Jahrhundert verjähren. (§. 1:) In all diesen Fällen aber geben wir nicht allein die Forderungsklagen, sondern überdieß die Klage[2]) in rem und die hypothekarische[2]) gemäß unserem ältren Gesetz, welches den letztwillig Bedachten die hypothecaria verlieh: so zwar („et"), daß diese Klagen sämmtlich hundertjährige sein sollen. (§. 2:) All dieß soll gelten auch in den jetzt streitanhängigen Fällen."

Dieses Gesetz nun soll beweisen, daß jene juristischen Personen durch Abschluß des (Schenkungs-, Kaufs-, und demgemäß jedes lukrativen oder onerosen) Vertrages Eigenthümer,[3]) natürlich nur der certa species, würden, auf welche der Nichtprivilegirte ebendadurch lediglich ein Forderungsrecht erwirbt. Dieß wäre aber eine so ungeheuerliche Ausnahme von der römischen Rechtsregel, daß Justinian dieselbe kaum so implicite eingeführt haben würde. Das Gesetz beginnt und schließt allein mit Klagenverjährung; mittendrin kann kaum Etwas andres gedacht werden, als die Explanation dieser einen legislatorischen Idee. Die zweideutigsten Worte des Gesetzes lassen sich in diesem Sinne — und für Ausnahmen ist nie zu vermuthen — am Passendsten deuten,

---

1) Bangerow §. 311 Anm. 4.

2) „in rem et hypothecariam" kann „Eins" sein.

3) Umgekehrt wurde in der gemeinen Praxis, ohne alle gesetzliche Grundlage, eine Zeit lang die Meinung verfochten, daß der Landesherr durch Vertrag ohne Uebergabe Besitz resp. Eigenthum ipso jure übertrage. Klock consilia 1 (1703) consil. 7 Nr. 4.

nämlich daß Justinian nicht Klagrechte überhaupt — er beruft sich ja in dieser Hinsicht auf das enge ältere Gesetz —, sondern die Klagrechte auf die Dauer eines Jahrhunderts giebt. Dennoch ist die Mißdeutung des Gesetzes uralt — was der Tendenz des Mittelalters ganz entsprechend ist, da, wo es, wie hier, in erster Linie sich um den zeitlichen Vortheil der Kirche handelt. Ein großer neuerer Rechtslehrer (Thibaut) aber wäre wol gar nicht auf die Vertheidigung dieser Mißdeutung verfallen, hätte ihm nicht sein Studium des damals frisch und freudig begrüßten, eben zur Welt gekommenen, napoleonischen Gesetzbuches den Gedanken eingeflößt, die Tradition sei, wie hier, so billiger Weise überall kein Erforderniß der Eigenthumsübertragung. Man weiß übrigens, daß die Tradition in Frankreich nur darum verdrängt wurde, weil in den nördlichen Provinzen etwas Andres galt; so wurde Beides einander geopfert, und es blieb eben der nackte Vertrag übrig. An „Naturrecht" dachte dabei Niemand. Allerdings erblicken die meisten Naturrechtslehrer in der Tradition kaum mehr als eine alte Rohheit; das nun ließe sich sehr gut bestreiten. Aber, um uns nicht auf ein Gebiet einzulassen, auf welchem Alles am Ende rein subjektiv bleiben muß: die Römer legten nie das Messer der Kritik an ihre Tradition; sie zweifelten nie, daß kein Jurist die Tradition erfunden, sondern dieselbe sich von selbst gemacht habe, das Letztre sogar im jus gentium. Daß aber Justinian innerlich bereits mit der Tradition fertig gewesen sein solle, kann doch Niemand aus einem Gesetze behaupten, welches über Tradition gar nicht spricht, also auch nicht abspricht. [1])

Jedenfalls begeht Thibaut somit den Fehler, moderne Ideen der Rechtsgeschichte unterzuschieben. Die c. 23 cit. ist in ihre wahre Bedeutung wieder eingesetzt durch die Widerlegung, welche Bangerow der Thibaut'schen Auslegung zu Theil werden ließ.

---

1) Die Geheimgeschichte Justinian's giebt die deutlichste Aufklärung über den diesem Gesetze innewohnenden Sinn. Das Gesetz ist für einen einzelnen Fall gemacht: darum seine Anwendung auf schwebende Prozesse. So schaffte man es wieder ab, nachdem es diesen Dienst erfüllt hatte, die Kirche in jenem Einzelfalle gegen die longissimi temporis praescriptio zu decken: Gibbon Kap. 44 der Geschichte des Verfalls des röm. Reichs, in der Hugo'schen Uebersetzung (Göttingen 1789), S. 74 f.

2) Paulus (32. ad ed.) redet in l. 1, 1 pro soc. 17, 2: In societate omnium bonorum omnes res, quae cosuntium sunt, continuo communicantur. — Dieß, für ſich allein betrachtet, könnte den Vertrag hier zur Eigenthumserwerbsform ſtempeln; indeſſen heißt es doch nicht „societate“ oder „per societatem“, ſondern „in societate“; daß aber gleichzeitig mit dem Vertragsſchluß Eigenthum übergehen könne, das wiſſen wir, für den Eigenthumsvertrag, bereits aus der brevi manu traditio und dem constitutum possessorium.[1]) In den letztren Fällen fand im Rechtsſinne Tradition ſtatt. Daſſelbe erhellt für die societas omnium bon. aus der in einem Satze angefügten l. 2 ib. von Gaius (10. ad ed. prov.): „quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur[2]) intervenire.“ D. h. aber auch im Laufe dieſer Sozietät („in societate“) gilt jeder Erwerb des einzelnen Geſellſchafters als gemeinſam. So Etwas kann bei communio incidens darum nicht vorkommen, weil ſie nie auf die Geſammtvermögen der Genoſſen als ſolche geht, obwohl es ſein kann, daß zufällig und in einem gewiſſen Zeitpunkte der Antheil am Gemeinſamen das Einzige ausmacht, was der Eine oder gar Alle in ihrem Vermögen haben. Vgl. c. 4 comm. utriusque jud. 3, 38:

Si patruus tuus (man denke: der Großvater iſt todt; der Sohn und der Enkel vom vorverſtorbnen andern Kinde ſind Erben; die Auseinanderſetzung iſt noch nicht erfolgt) ex communibus bonis (z. B. pecuniis: emendo; oder mercibus: permutando) res comparavit, sibi negotium gerens, non omnium bonorum socius constitutus: pro competentium portionum modo indemnitati tuae consuli oportet, et ideo, „rem“ emptam communicare eum, contra juris formam postulas. (Reſkript von Diokl. und Max. v. J. 290).

---

1) Z. B. Eigenthumsübertragung durch Nießbrauchsvorbehalt: v. Wernher sel. obs. for. 1, 1, 273. Dagegen genügt dieſer Vorbehalt beim Eigenthumsverkauf als einer bloßen justa causa praecedens keineswegs, ſondern es iſt Eigenthumsvertrag de praesenti vorauszuſetzen: Leyſer spec. 445 med. 5.

2) Bloße facti interpretatio, nach Strempel, j. c. bei der Trabit. (1856) S. 128. Dieß iſt ganz unglaublich, da die l. cit. den theoretiſch allgemeinen Satz der l. 1 illuſtrirt.

Das „sibi neg. gerens“ ist beim socius omnium bon. undenkbar, auf Grund des universellen gegenseitigen Mandats. Wir läugnen nicht, daß Dritte, um die Sozietät nicht wissend, nur an den einen Sozius füglich tradiren, aber auch dies Empfangne wird sofort gemeinsam, da der Empfänger etwas ihm solidarisch Eignes nicht haben kann so lange diese Sozietät dauert — eine Unfähigkeit, welche auch von bloßem Besitze gelten muß, denn aus ihm entspringen wesentliche Rechtsvortheile; Besitz gehört durch seine Emolumente insoweit zu den bona. Sowohl beim Eingehen als auch im Laufe dieser Sozietät vorhandnen oder erworbnen Besitz buchstäblich an den Mitgenossen zu überreichen, wäre Unvernunft; denn warum sollen wir Gleichberechtigte das gemeinsame Gut nicht eben so wohl innehaben wie Jener? Darum grade muß aber auch der Besitz, seiner vermögensrechtlichen Bedeutung halber, von selbst gemeinsam werden; sonst wäre jene Irrelevanz, wer von den Genossen innehabe, nicht durchgeführt. Die Vergemeinschaftlichung des Besitzes nun — so erläutert l. 2 die l. 1 s. c. — erklärt das Gemeinsamwerden des Eigenthums, natürlich unter den nöthigen Voraussetzungen. Dazu, sagt Gaius, ist nicht erforderlich, daß die einzelnen Sachen („specialiter“ von „species“) aufgezählt, rekognoszirt und physisch überreicht werden. Alles und Jedes, Jetziges und Künftiges, schließt das Einzelne ein, dessen „Spezifizirung“ erläßlich ist, da es auf Unterscheidung nicht ankommt und Nichts ausgeschieden werden soll. Solche Genossen besitzen das Einzelne bruchtheilsweise als ächte Besitzer, bruchtheilsweise als bloße Inhaber. Also ist ein pro indiviso partielles gegenseitiges s. g. constitutum possessorium anzunehmen. Dagegen erhob sich Puchta (kl. ziv. Schriften 26 S. 439), ohne innere Gründe, also betonend: „licet specialiter traditio non interveniat, tacite (? tacita!) tamen creditur intervenire (also doch)“, statt „licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.“ Betonen wir selbst wie Puchta, so vergleiche man beispielsweise l. 9, 5 a. r. d. 41, 1: Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam; veluti si rem ... vendidero tibi (meinem Detentor); licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim: eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse,

tuam officio. — Hier wandelt sich ohne physische Uebergabe der Inhaber zum Besitzer um; Niemand statuirt dabei einen transitus dominii legalis; warum also sollte ein solcher im entgegengesetzten Falle, der die gleiche rechtliche Stellung haben muß, angenommen werden? Noch weniger geht Puchta in seinen Institutionen §. 241 Note c. der Frage auf den Grund; er widerspricht nur dem const. poss. für unsren Fall. Nicht besser steht es mit Böcking, der hier Puchta nachfolgt (§. 124 Note 46 a. E.), denn die Parallele des Erben paßt denn doch gar nicht, weil es keine Vertragserben in Rom gab.

Der Universal-Prokurator cum libera (sc. universorum negotiorum administratione) überträgt Eigenthum aus Verkauf der Sachen seines Prinzipals: l. 9, 4 a. r. d. 41, 1 = §§. 42. 43. J. r. d. 2, 1. Ebenso der Pfandgläubiger kraft des wesentlichen Inhalts seines dinglichen Rechts. Beide sind gleichwohl nicht Eigenthümer: vgl. l. 46 a. r. d. 41, 1.

Der Bevollmächtigte, das Kaufgeschäft für seinen Auftraggeber abschließend, und die Waare für denselben empfangend,[1]) macht diesen zum sofortigen, obwohl unwissenden, Eigenthümer: l. 13 pr.

---

1) Der Bevollmächtigte des Tradenten macht selbstredend den Destinatär nicht schon jetzt, indem er empfängt, zum Eigenthümer, sondern erst durch das vollendete Ueberbringen der Waare. Wenn das östr. G. B. §. 429 beifügt: es sei denn, daß der Uebernehmer die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte: so ist dieß, als eine Ausnahme obiger Regel, gewiß nicht rationell. Denn es bleibt immer ein Unterschied, ob der Zwischenträger Mandatar des Tradenten oder des Uebernehmers ist; hat ihn der Uebernehmer bestimmt, dann ist die Sache in Ordnung, insofern die Bestimmung unmittelbar vom Uebernehmer gegenüber dem Vermittler und an diesen selbst geschah. Sächs. Wochenbl. 1846 bei Seuffert 2, 86. O. Trib. Stuttgart 1853 bei S. 7, 7. Bestimmungen gegenüber dem Tradenten dagegen können nur dessen Obligation modifiziren; auf den Zeitpunkt der Erfüllung sind sie ohne Einfluß. Somit müssen wir auch, wenigstens für das gemeine Recht, die Frage verneinen, ob die Uebergabe eines Connossements (Faktura: O. Trib. Stuttgart 1853 bei Seuffert 7, 8) Besitz der Waare übertrage. Vgl. Seuffert's Arch. 1, 8. Jedenfalls geht Eigenthum, bei unbezahltem u. s. w. Preise, nicht über, obwohl, bei Konkurs über den Empfänger, viele Fallitenordnungen allerdings dem gutgläubigen Zessionar u. dgl. des Connossements ein Vorzugsrecht vor dem Absender einräumen: O. A. G. Lübeck 1843 bei Seuffert 1, 396. 1849 bei S. 6, 241.

ib. Von der Vollmacht abgesehen, gilt das Gleiche vom Vormunde des Unmündigen: §. 1 ib. Ja sogar falls der gerirende Vormund für sich selbst empfing, kann der Mündel eine utilis rei vindicatio statt der Entschädigungsforderung dann erheben wenn sein Geld als Kaufpreis verwendet war, ebenso wie die um sein Geld erworbene Forderung einklagen: l. 2 qu. ex f. tutoris v. curatoris minores agere ... poss. 26, 9: Ulp. 1. opinionum. Der Mündel ist aber nicht Eigenthümer, sondern das Singuläre[1]) besteht nur darin daß er ratihabiren kann was nicht für ihn geschehen war. Reskript Antonin's v. J. 215 in c. 3 arbitr. tut. 5, 51. In Folge dieser Anerkennung des Geschehenen erwächst ihm die direkte Mandatsklage auf Uebertragung des Eigenthums, der verklagte, nicht besitzende, Vormund müßte ihm mindestens die Eigenthumsklage zediren; dieß wird als geschehen gedacht, da doch eine materielle Restitution nicht darin enthalten ist, und so klagt der Mündel sofort lieber gegen den dritten Besitzer. Und genau so verhält es sich mit dem Soldaten gegenüber dem dessen Geld verausgabenden beliebigen Dritten: Reskript des Philippus v. J. 246 in c. 8 r. v. 3, 32. Auch dieses Recht des Soldaten galt schon unter Antonin: c. 2 don. i. v. 5, 16, v. J. 213. Die Parellele zwischen Minderjährigen und Soldaten ergiebt sich leicht. Im Uebrigen sind zwei Fälle denkbar, der Unterschlagende besitzt die für das Geld erworbene Sache oder er besitzt sie nicht. Erstrenfalls ist der Vindikant befugt, die Sache selbst aus dem Konkurse vorwegzunehmen; letztrenfalls hindern die Zwischendispositionen des Unterschlagenden den Betrogenen nicht an der Vindikation gegen den jeweiligen Besitzer. Das erstre Moment ist in l. 55 don. i. v. 24, 1 hervorgehoben für einen verwandten Fall: wenn nämlich die Ehefrau ihrem Manne ein Geldgeschenk machte, und dieser dafür Sachen kaufte. Dagegen ist das Zutreffen des zweiten Moments für diesen Fall sowenig zuzugeben wie für den andern, wenn nämlich der Ehemann um Dotalgeld

1) v. Pufendorf ed. novissima 1 (1780) obs. 8: Possessionem ignoranti non adquiri, nisi ex eo, quod adprehensam ipsius nomine possessionem re adhuc integra ratihabuisset. Meichsner, Ausg. v. 1663, decis. cameral. 3 decis. 13 no. 190. 278: Besitzerwerb durch Ratifikation der Negotiorum Gestio.

Sachen gekauft hatte, indem hier auch die Vorwegnahme dieser Surrogate durch die Frau aus dem Konkurse des Mannes lediglich auf dem denselben angedichteten Dotalcharakter, der ein rein relatives Verhältniß bedeutet, beruht: l. 54 j. dot. 23, 3.

Ein Kaufbevollmächtigter ist nicht zugleich empfangsbevollmächtigt. Empfängt er, wenn gleich für den Auftraggeber, so macht er diesen dennoch erst durch Uebergabe an denselben zum Eigenthümer: l. 59 a. r. d. 41, 1. Mittlerweile blieb also entweder der Tradent Eigenthümer, oder, falls der Bevollmächtigte für sich selbst empfing, ist Letztrer Herr der Waare und seine, freilich treulosen, Dispositionen über dieselbe kann der Mandant nicht anfechten: c. 2 h. q. a non dom. manum. sunt 7, 10. Dagegen bietet l. 20, 2 a. r. d. 41, 1 den Schein, als gelte der Mitkäufer, dem die Waare für beide Käufer übergeben wird, als stillschweigender Empfangsbevollmächtigter seines Mitkäufers. Dennoch müssen wir dieß, da eine Singularität nie zu vermuthen steht, gewiß verwerfen und die Worte „Titio et quasi meo procuratori tradita“ als besonders prägnante Ausdrucksweise parafrasiren: „übergeben dem Titius, theils für ihn selbst, theils an ihn gemäß seiner rechtlichen Eigenschaft als mein (wirklicher und ausdrücklicher) Empfangsbevollmächtigter.

Wir haben vorhin Preis-Zahlung oder -Kreditirung stillschweigend vorausgesetzt. Umgekehrt vermag der preiszahlende Käufer nicht ohne erlangte Tradition Eigenthum zu behaupten, und, tradirt der Verkäufer endlich, so bleiben die mittlerweile seinerseits über die Sache getroffenen Dispositionen bestehen. Daß die Preiserlangung an sich den Verkäufer an solchen Dispositionen nicht hindre, dieß und weiter nichts besagen die Worte der c. 9 si quis alteri 4, 50: Nihil prohibet, altero (der Gegenkontrahent) pecuniam numerante, in alium (auf einen beliebigen Dritten), ... venditore tantummodo volente, dominium transferri.

Der Eigenthumsvertrag, d. i. die auf Uebergabe des Eigenthums gerichtete Willenseinigung [1]) der Partheien, der Tradition immanent, erhebt dieselbe zur Eigenthumsübertragung. Dieser

1) Nihil tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi, §. 40. J. r. d.

Vertrag ist zu unterscheiden von Grund und Zweck (causa) der Sachveräußerung und des Sacherwerbes. Die Kausa kann selbst ein (obligatorischer) Vertrag, z. B. Kaufgeschäft, sein; dann ist ihr Verhältniß zum Eigenthumsvertrag das der Perfektion zur Konsummation.[1]) In der Kausa liegt der intellektuelle Anfang, liegt die Vorbereitung; das Geschäft der Eigenthumsübertragung selbst aber geschieht durch den die Tradition erklärenden Eigenthumsvertrag. Vgl. l. 55 o. et a. 44, 7: In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus (sc. dominii transferendi) ex utraque parte contrahentium; nam sive ea (sc. causa; arg. infra) venditio, sive donatio, sive conductio (?), sive quaelibet alia causa (sc. affectus illius) contrahendi fuit, nisi animus utriusque (wirklich in obiger Weise) consentit, perduci ad effectum id, quod (sc. per causam) inchoatur, non potest.

Gemäß der Titelrubrik legt die Stelle auf den Eigenthumsvertrag, nicht auf das aus andern Zeugnissen erhellende Traditionserforderniß, alles Gewicht. Auffallend scheint unter den causae dominii transf. die Erwähnung der conductio in der Florentina. Man kann dabei an die eigenthümliche Ueberlassung des Mobiliars an den Miether, des Viehstandes an den Pachter, des Rohmaterials an den Arbeitgeber, u. dgl. denken.[2]) Oder man kann die Stelle so übersetzen:

„Keine Eigenthumsübertragung ohne Willenseinigung über diesen Punkt. Liegt aber diese Willenseinigung vor, so relevirt der Grund der Einigung nicht, mag er selbst ein an sich und prinzipiell auf Eigenthumsübergang nicht abzweckendes Geschäft sein."

2, 1. l. 9 §. 3 a. r. d. 41, 1. Strempel S. 25 ff. So reicht auch der Titel pro suo zur Ersitzung aus. So inhärirt der ersitzungsmäßige gute Glaube nothwendig stets dem Traditionszeitpunkte.

1) L. 31 pr. a. r. d. 41, 1 (Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur) ist in diesem Sinne zu kombiniren mit c. 20 pp. 2, 3 (Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur). Strempel, über die j. c. b. d. Tradition. 1856. — Nuda traditio überträgt Possession, nicht im Zweifel bloße Detention: Strempel §. 2.

2) Strempel j. c. bei der Trad. §. 16.

Man denke sich: der Grundherr lebte in der Residenz, hat Schulden gemacht, bereut und will ökonomisiren. Seine Schulden zu tilgen und in Einem seine neue Nahrungsquelle fließen zu machen: verkauft er sein Gut unter Vorbehalt der Pachterstelle. Der Käufer hat den entgegengesetzten Lebensweg, will sein Geld sicher anlegen, aber nicht selbst Landwirthschaft treiben. Hier ist das Pachtgeschäft nicht minder als der Kaufvertrag Grund und Zweck der Einigung. Denn der Eine würde, sein Eigenthum herzugeben, sich nur dadurch bestimmen lassen, daß man ihn auf dem Gute ließe; der Andre will das Eigenthum nur, falls er einen geeigneten Pachter findet. Man kann aber endlich bei der conductio als einem Eigenthumserwerbsgrunde auch an die Fruchtperzeption denken, und dieß scheint mir die unbefangenste Auffassung zu sein. Auf keinen Fall ist es nothwendig, mit der Vulgata das „sive conductio" zu streichen, obwohl wir über die Aechtheit der Worte natürlich nicht entscheiden können.

Das Nichtzutreffen der Kausa erzeugt lediglich eine Kondiktion: l. 5 pr. cond. sine causa 12, 7.[1]) So bleiben auch obligatorische Verträge ipso jure gültig trotz Fehler im Motiv: Warnkönig im Arch. f. ziv. Prax. 6 (1823), 4 S. 130. So ist auch der Satz richtig: Cessante ratione non cessat lex ipsa. — Verschieden kann nur die Art der Kondiktion sein; vgl. l. 5 cit. §. 1. — Anlangend den Eigenthumsvertrag, so ist seine Gültigkeit bei nichtiger Kausa klar ausgesprochen in Julian's l. 36 a. r. d. 41, 1, also grade im zutreffenden Titel:

Quum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus,[2]) non animadverto cur inefficax sit traditio; veluti: si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi (causa debendi stimmt gleichwohl überein; nur die origo obligationis, die causa debiti, divergirt); nam et si (die Par-

1) Dieß lehrt auch die condictio, nicht vindicatio, des ob turpem vel injustam causam dati, sowie des ob rem dati re non secuta, sive finita. Strempel S. 36. Kein gültig obligatorischer Vertrag, wohl gültiger Eig. Vertrag: c. 6 i. f. si quis alteri 4, 50.

2) Schulting ed. Smallenburg, 6 (1828) p. 359, ad l. cit.: quae ab utraque tamen parte putatur idonea.

theien nicht einmal gleiche causa im weitern Sinne, debendi, donandi, ob rem dandi, credendi im Sinne haben) pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Damit sind wenige in der l. 18 pr. r. c. 12, 1 Ulpian's stehende Worte in deren exaktester Auslegung nicht zu vereinigen. Schulting, ed. Smallenburg, 3. (1820) p. 20 ad l. cit. Vangerow §. 311 Anm. 3. Dernburg im ziv. Arch. 40 (1857), 1. Wir bemerken übrigens, daß die Stelle nach Titel und Inhalt sich nicht prinzipiell mit unserer Frage beschäftigt; und wir werden finden, daß jene wenigen Worte nicht nur anders auslegbar, sondern sogar, damit die Stelle in sich abgerundet erscheine, nothwendig anders auszulegen sind. Die Stelle behandelt genau das letztre Beispiel Julian's; wer also den Widerspruch unlösbar findet, kann nicht umhin, den Ausspruch Julian's aus den angegebenen Gründen vorzuziehen. Ulpian nun redet also:

„Si ego pecuniam tibi quasi[1]) donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit, videndum."

1) Dernburg knüpft an dieses „quasi" zunächst seine feine Idee an, daß Ulpian einen erklärten Dissens voraussetze und somit den Julian auf den Irrthumsfall beschränke. Aber, da Eigenthum gegeben und angenommen ist (dedero .... accipias), so ist, bei dem Zutreffen der Voraussetzungen des Eigenthumsvertrags, welcher von der Dissenserklärung über die vermögensrechtliche Absicht der Partheien unberührt bleibt, nicht abzusehen, warum das Eigenthum nicht übergehen solle. Ja, noch mehr! Wenn nicht einmal das gegenseitige Dissensbewußtsein die Partheien abhält, das Eigenthum zu geben und zu empfangen: so ist ihr Wille, als ein auf E.-Uebertragung um jeden Preis gerichteter, um Vieles evidenter als in dem Irrthumsfalle. — D. knüpft eine Erörterung über l. 25 §. 1 usufr. 7, 1 an: Ein Nießbrauchssklave, welchem (dieß geben wir D. zu!) die freie Verwaltung zweier Pekulien, eines vom Herrn, das andere vom Nutznießer, eingeräumt ist, kauft eine Waare und zahlt den ganzen Preis zweimal aus beiden Pekulien. So kann das zuletzt Gezahlte vindizirt werden. — Und doch relevirt das Nichtzutreffen der Causa für den Eigenthumsvertrag nicht? D. sagt: Der Sklave irrte sich beim Zählen und leistete so statt des Einfachen das Doppelte. Dann allerdings fehlt für das Letztgezahlte der E.-Uebertragungswille. — Si vero simul in succulo solvit,

Sollte hierin Julian andrer Meinung gewesen sein? Aus der l. 36 cit. erhellt dieß keineswegs, es müßte denn Julian durch Ulpian dahin mißverstanden worden sein, daß er, weil er das Eigenthum übergehen lasse (ex meo tuum fit), nothwendig auch die Gültigkeit des mutuum behaupte. Es genügt, daß Julian so mißverstanden werden konnte, weßhalb Ulpian nun tiefer in die Sache eindringt, um diese Möglichkeit irriger Auffassung zu beseitigen:

Et puto, nec mutuam esse, magisque **numos accipientis non fieri,** [1]) —".

Dieß sind die inkriminirten Worte. Indessen duldet der enge Anschluß mittelst „—que" auch, daß wir sie als bloße Bekräftigung

---

nihil fecit accipientis. — Hier scheint D.'s Ansicht Schiffbruch zu leiden. Denn die Hälfte des Inhalts müßte doch in's Eig. des Empfängers übergehen; auf sie richtet sich der Wille auch des Gebers. Nicht der Sack ist das Wesentliche, sondern sein Inhalt. — Das Wahre scheint Folgendes: Allerdings kann der Sklave durch sein freies Verwaltungsrecht Pekulgeschäft schließen und abwickeln. Hat er nun die Waarenschuld bereits getilgt, so ist eine nochmalige Preiszahlung kein pekulgeschäftlicher Akt mehr. Ohne solche geschäftliche Grundlage aber — und dieß hat D. nicht entkräftet — steht es keinem Sklaven zu, Eig. seines Herrn zu veräußern. Legte er aber die volle Summe doppelt, d. h. aus beiden Pekulien, in einen Sack, so vermischt er die Pekulien zu diesem Belaufe gänzlich unbefugter Weise, so steht der Sack nebst Inhalt nicht in seiner freien Verwaltung (denn dazu mangelt die concessio) und kann er folglich die neue Gesammtsumme auch nicht zur (unausgeschiedenen) Hälfte einem Dritten zu Eigen geben, sollte selbst diese Hälfte ein Pekulgeschäft zur Unterlage haben. Es fehlt also, durch die Kommixtion als Untergang der bisherigen Geldsummen, dem Ganzen der Pekuliencharakter, welcher für den geschäftlichen Betrieb unerläßlich ist.

1) Die unten folgende Auslegung der Stelle, welche zeigt, daß „numos .... fieri" bedeute: „er lukrirte die Summe nicht, sondern schuldet dieselbe", wird bestärkt durch die gleiche Bedeutung der nämlichen Redefigur in Ulpian's (41. ad Sab.) l. 43 pr. furt. 47, 2: .... qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit nec numi ejus fient. — D. h. furti actio und condictio furtiva erwachsen beide, letztre, obwohl das Eigenthum dem Bestohlnen verloren ist durch eigne freie Willensthat. Gehören nun die Münzen einem Dritten, so kann der Empfänger in obigem Beispiel um der Furtivität willen nicht ersitzen. Gehören sie aber dem Geber, so wird er trotz der Furtivität Eigenthümer, denn, wo es keiner Ersitzung bedarf, da zessiren auch deren gesteigerte Erfordernisse unschädlicher Weise.

des „nec mutuam esse“ verstehen und parafrasiren mit „ex meo tuum non fieri“. Jedoch streitet dagegen das Folgende:

„—quum alia opinione acceperit.“

Wir müßten dann nämlich statt „acceperit“ „alter dederit“ erwarten. Eben dadurch werden wir aber auch entschieden verhindert, jene Worte als Negation des Eigenthumsübergangs aufzufassen, denn der Empfänger hatte im Beispiel den animus mutui accipiendi und dem mutuum ist grade der Eigenthumsübergang wesentlich. Man könnte diesem Einwand zwar zu begegnen hoffen durch Legung eines ungebührlich starken Nachdrucks auf „alia“, mit dem Gesammtsinne also: „da die opiniones der Beiden divergirten“. Aber es ist die Frage, ob man dem Ulpian dadurch nicht eine noch schlechtere Redeweise unterschiebe. Worin besteht nun die Differenz der Meinungen zwischen Geber und Empfänger? Gewiß nicht in der Absicht, das Eigenthum übergehen zu machen; wohl aber in der Absicht, eine Obligation zu begründen. Dieß Letztre bezweckte nicht der Geber, wohl der Empfänger. Also entsteht — sagt Ulpian — in unsrem Falle keine vermögensrechtliche Bereicherung des Empfängers, grade weil er den Zweck des Gebers nicht begriff und sich aneignete; sondern er unterliegt einer Kondiktion, allerdings nicht der mutui condictio, woraus eine praktische Differenz fließt folgenden Inhalts:

Quare, si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumpti.“

Dieß ist also aufzulösen: daher haftet er für die Herausgabe zwar als Schuldner gegenüber der sine causa condictio. Aufzehren jedoch, ausgeben, kommisziren darf er das Empfangene.[1]) Denn nicht nur ist er Eigenthümer, sondern überdieß tritt keine Schuld auf tantundem ejusdem qualitatis in den Riß, da der Geber kein Darleiher, sondern nach seinem Willen ein Schenker war. War also vielmehr, trotz des Mißverständnisses über die Kausa, die Entstehung einer Obligation auf Erstattung immerhin vereinbart, z. B. ich deponire, du empfängst zu

1) Da er bis zur Konsumption jedenfalls Schuldner ist, so erledigt sich das Bedenken Dernburg's S. 8.

Darlehen, oder: ich leihe dar, du empfängst zu ächtem (ostendendi gratia bei baarem Gelde) Kommodat: so steht keine solche Exzeption im Wege: §. 1 ib. Vgl. über die Exzeption auch l. 25 don. 39, 5: A bevollmächtigt den B, die Sache des A im Namen des A dem C zu schenken. Schenkt B in seinem eignen Namen, so begeht er zwar ein furtum, C aber hat die doli exc. gegen A's Vindikation, offenbar quia secundum voluntatem domini dominium accepit, also auch ohne Konsumption, da die Kausa übereinstimmte, da Niemand an Begründung einer Obligation dachte, da endlich die Unmöglichkeit, den redlichen C eines Deliktes zu ziehen, an sich klar ist.

Die Sachübergabe allein enthält nicht im Zweifel eine Eigenthumsübertragung, sondern der Eigenthumsvertrag selbst muß erweislich sein. Während, wie wir sahen, die Nichtigkeit der Kausa den Eigenthumsübergang nicht hindert: so verhält sich dieß entgegengesetzt im Falle der Nichtigkeit des Eigenthumsvertrags. Es kann aber der E.'svertrag grade durch das positive Verbot der Kausa mitergriffen sein. Ein Beispiel liefert die Schenkung unter Ehegatten: l. 3, 10 don. i. v. et u. 24, 1.[1]) Der Schenker vindizirt: l. 5, 18 ib. Zur bloßen Thatsache des Besitzes genügt auch diese prohibirte Kausa als Besitzesgrund, denn es bleibt wahr, daß die Kausa vereinbart und die Sache in Vollziehung der Kausa freiwillig eingeräumt war: l. 36 pr. ib. Ein andres Beispiel erkennen wir zweifellos in dem übergesetzlichen Belaufe der nichtinsinuirten Schenkung: c. 34. 36 §. 3 don. 8, 54. Denn auch hierauf paßt im Sinne der justinianeischen Kompilation der allgemeine Satz der l. 5 cit., daß „in donationibus jure civili impeditis" der Widerruf mittelst Eigenthumsklage geschehen könne.

Der E.'svertrag ist formlos, ja stillschweigend zu schließen. Er erhellt aus der Erfüllung der Kausa, falls diese den Eigen-

1) L. 31, 3 ib.: Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri — vel contra — venierint (halb Kauf, halb Schenkung): melius dicetur, communia ea esse pro portione pretii, nec tam id (Huschke in Linde's Z. Schr. N. F. II. [1846], 6 Nr. 8; Flor.: tandem) spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum.

thumsübergang beabsichtigte, z. B. eine dandi obligatio war. War dieselbe ein Kauf (faciendi obl.) (l. 31 pr. a. r. d. 41, 1), so ist noch Zahlung, Versicherung oder Kreditirung des Preises erforderlich: §. 41 J. r. d. 2, 1.[1]) Kausa ist z. B. Tausch: l. 7, 5 Publ. 6, 2, Schenkung: Gai. 2, 20, von Todeswegen: l. 2 Publ. 6, 2, Vermächtniß, Mitgift: arg. §. 4 J. aa. 4, 6, lucrativae (wie onerosae) causae zumal: l. 7, 3 Publ. 6, 2, Schuldtilgung: l. 4 ib. (ebenso credere, ob rem dare), Richterspruch: l. 3, 1 ib., und Gleichwirkendes wie z. B. ausgeschworner Haupteid (gerichtliches Geständniß, Vergleich überall): l. 7, 7 ib., noxae datio: l. 5 ib., servi ductio: l. 6 ib. Nur in diesem Sinne, daß die Vollziehung der Kausa stillschweigenden[2]) E.'svertrag enthalte, falls sie nur rechtlich in dieser Wirkung nicht prohibirt sei, ist die

---

1) Sell, dingl. RR. Bonn 1852, sieht hierin eine „abnorme Strenge", während es doch in der That nur Auslegung des in der Uebergabe verkörperten Partheiwillens ist.

2) Das s. g. pactum reservati dominii der gemeinen Praxis ist akzidentielle Ausschließung jener dispositiven Rechtsregel für die Zeit innerhalb welcher die (kreditirte oder gewährleistete) Gegenleistung nicht erfolgt sein wird. S. auch Duncker, rhein. Mus. 5, 4 S. 68: Es versteht sich aber von selbst, daß, ungeachtet der Preis bezahlt ist, das Eigenthum dennoch vorbehalten werden kann, bis der Käufer andern Verbindlichkeiten, z. B. dem Impensenersatz, genügt hat. Fein Beiträge z. d. Lehre v. d. Novation und Delegation (Jena 1850) §. 20 sagt richtig, dieses pactum sei nie als Resolutivbedingung zu erachten, falls nicht erweislich ist, daß die Partheien Vorbehalt des Eigenthumsrückfalls bei binnen bestimmter Frist ausbleibender Gegenleistung meinten. Siehe auch Bangerow §. 311 Anm. 2. Dagegen die von Fein behauptete Suspensivbedingung scheint ebenso irrig, da in der That am ungezwungensten ein Vorwirkungsfall angenommen werden muß. Das Eigenthum soll ja keineswegs jetzt in einen Zustand der Schwebe eintreten, vielmehr ist es zurückbehalten. Erfolgt die Gegenleistung, so erwirbt der Andre das Eigenthum ipso jure, d. h. auf Grund der alten Tradition; aber, diesen Erwerb zurückzubeziehen, dazu bietet das pactum an sich keinen genügenden Grund, es müßte denn in das Gewand eines bedingten Nebengeschäftes gekleidet sein. — Vorbehaltne Eigenthumsrechte erlöschen wie Pfandrechte durch den Gant und die darauf erfolgende Verweisung. Hufnagel Mittheil. N. F. Nr. 45. Das jus offerendi et succedendi, die excussionis exceptio finden gegen den aus dem Vorbehalt Vindizirenden wie gegen einen hypothekarischen Kläger statt: Duncker S. 93. Ueber das deutsche Recht und die Partikularrechte s. Duncker V, 7. — Den Eigenthumsvorbehalt kann man zediren: Leyser spec. 479 med. 6, aber eine Eigenthumsübertragung liegt darin keineswegs.

Regel zu verstehen, welche von Ulpian 19, 7 — damals natürlich nur für die nec mancipi res — so ausgesprochen wird: „dominium ipsa (bei mancipi mußte Ersitzung hinzutreten) traditione adpraehendimus, sc. si ex justa causa (res) traditae sunt nobis.“ Das Wesentliche bleibt also stets die Willenseinigung, daß Eigenthum übertragen werde. Auf sie ist daher, freilich nur mittelst Nennung des Veräußerers, alles Gewicht gelegt in §. 40 J. r. d, 2, 1, wo am Schlusse die Kausä in Beispielen angegeben sind, und §. 41 ib. die Eigenthümlichkeit der emptionis causa hervorhebt. So dürfen wir denn auch nicht bezweifeln, daß ohne alle Zahlung u. s. w. des Preises der Verkäufer dem Käufer die Waare zu eigen geben kann: aber, daß dieß wirklich sein Wille in der konkreten Tradition war, müßte freilich stets besonders nachgewiesen werden.

Bleibt der Verkäufer bis zur Preistilgung Vermiether, so liegt kein s. g. pactum reservati dominii vor, sondern, während der Kauf perfekt ist — was z. B. für Zufall wichtig sein kann —, ging durch die Tradition kein ächter Besitz, somit selbstredend kein Eigenthum über. Ein Miether ist nur Innehaber: l. 16 per. et comm. rei vend. 18, 6. In diesem Falle wird der Vermiether nicht verpflichtet, wohl der Miether: l. 20, 2 loc. 19, 2. Das nämliche Verhältniß ergiebt sich aus bittweiser Besitzeinräumung an den Käufer „bis der Preis vollständig werde gezahlt sein“. Sowie der Käufer in Verzug tritt, kann der Verkäufer die Waare heimfordern: l. 20 prec. 43, 26. Diese Verhältnisse setzen Preistermine voraus, Fälle also, in welchen, sofern nicht locatio conductio und precarium wohl aber Uebertragung ächten Besitzes stattgefunden hätte, die letztre den Eigenthumsvertrag in Vollzug setzen würde, da der Preis kreditirt ist: c. 3 pp. int. empt. 4, 54.[1])

1) Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. — Die Stelle ist ein Reskript der klassischen Zeit. Das „tempus“ ist offenbar kein ächter „dies“, sondern es kann vorher aus dem Vertrage geklagt werden. Vorausgesetzt wird, daß während schwebender Bedingung geklagt wird. Die Entscheidung ist also die, daß eine also gefaßte Bedingung als auflösende, nicht als aufschiebende zu gelten habe. — Doch legen wir bei dieser Auslegung nicht immerhin Etwas unter? Nein! Es ist nicht gesagt:

Pfandvorbehalt charakterisirt die Tradition somit als Eigenthumsübertragung: Donaverus consilia et responsa 1724 cons. 53 No. 17 pag. 280: quum rei suae pignus non detur. Vgl. §. 41 J. r. d. 2, 1 vv. „satisfecerit ... pignore dato", d. h. in der Pfandbestellung eines beliebigen Objekts liegt Preiskreditirung.

Der Eigenthumsvertrag ist abgeschlossen zwischen den Prinzipalen; nur die physische Uebergabe findet zwischen den Vertretern statt. Dort liegt der animus, hier das corpus; animo et corpore possessio acquiritur (transfertur: nach der neuern Auffassung und Zulassung der römischen Rechtswissenschaft). So kommt, falls der Wille des Gebers auf den Prinzipal des Empfängers sich richtete, der etwa abweichende Wille des Empfängers nicht in Betracht: l. 13 don. 39, 5. So verliert mein Vertreter, die Sache, in Unkenntniß [1]) daß sie ihm selbst eigen sei, überreichend, sein Eigenthum nicht, denn sein mangelnder Veräußerungswille ist durch den Irrthum nicht zu ergänzen: l. 35 a. r. d. 41, 1; der Irrthum ist hier ein „unächter" nach Savigny'schem Kunstwort und hierbei „errantis nulla voluntas est". Jener gab, was ihn selbst betrifft, nur sein Innehaben auf; demnach ist die Entscheidung eben so klar wie wenn A seine Sache aus Unkenntniß dem B giebt, der von A bereits für den Eigenthümer gehalten wurde; denn auch hier veräußert A nicht, giebt nicht zu eigen, sondern giebt die Sache als eine dem Empfänger eigne hin: l. 3, 8 cond. c. d. 12, 4. Ueberträgt mein Vertreter meine Sache, welche ich bei dem Auftrage für die seine hielt, so geht mein Eigenthum nicht unter: l. 15, 2 c. e. 18, 1. Schulting, ed. Smallenburg,

---

„tempore frustra transacto" rei vind. non habet, daher ist Jenes auch nicht zu suppliren. Unsre Gegner würden somit Etwas unterlegen. Daß aber tempore transacto Vindikation erwächst, läugnet unsre Stelle nicht (habet, nicht habebit), und beweisen andre, welche mit der unsrigen nur so in, übrigens ganz ungezwungenen, Einklang zu setzen sind.

1) Fehlt diese Unkenntniß, so fällt auch die Entscheidung entgegengesetzt aus: Ulp. ad ed.: l. 10, 1 cur. fur. 27, 10: Curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit, et dominium transferre; rem vero furiosi, si quasi suam tradat, dicendum, ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit. — Die richtige Lösung giebt Hubert Gifanius in den lecturae Altorfinae (Francof. 1605) zu l. 35 a. r. d. 41, 1, p. 356—358.

6 p. 359 ad l. 35 a. r. d. Wohl in Einklang mit diesen Stellen steht l. 49 mand. 17, 1: (Voet ed. 1735 ad libr. 41 tit. 1 §. 37. Vangerow §. 311 Anm. 3):

„Den Sklaven des Titius habe ich von Mävius redlich gekauft und erworben. Aus meinem Auftrage verkauft ihn T., mit seinem Eigenthume unbekannt, an Sempronius. Als Selbstkontrahent vermag T., falls er an S. übergab und nun sein Eigenthum erfährt, nicht wirksam zu vindiziren, sondern die, auch allen Rechtsnachfolgern des S. zuständige, exceptio rei venditae et traditae schließt ihn aus".

Also formell blieb er Eigenthümer, ipso jure steht ihm die Eig.'sklage zu. Es kommt noch darauf an, ob sein Beklagter die Exzeption vorschützen will, rechtzeitig vorschützt, beweisen kann. Darin daß er Eigenthümer bleibt beruht aber grade der Einklang mit den obigen Stellen. Die Aelteren — Glück 8 S. 112 Note 9 — haben dieß Alles mißverstanden, weil sie immer nur den Irrthum im Objekt für den wesentlichen hielten, und Stellen wie l. 35 a. r. d. 41, 1 s. c. (Thibaut Versuche II, 1801, S. 119) dahineinzwängten.

Die Vulgata in l. 49 cit. liest: „... vindicationem ei (non) concedendam; et idcirco mandati eum non teneri, sed contraria mandati agere posse rell." Die betonten Worte fehlen in der Florentina; vermuthlich sprang der Abschreiber aus Versehen vom ersten auf das zweite „mandati". Auch das Digestum vetus zu Erlangen[1]) hat die Ergänzung, nach Scheurl's 1 S. 198 Note 4 Zeugniß. Daß Titius aber nicht der direkten Auftragsklage (auf Herausgabe des gelösten Kaufpreises resp. Zession der Verkaufsklage) unterliegt, erklärt sich sehr leicht daraus, daß ihn selbst der Verkauf bindet, die Vindikation ihm kraftlos wird, er also auch die Rechte des Verkäufers behalten muß; der Ausgang lehrt ja, daß der Auftrag kein ächter war, daß in der That Titius kein fremdes Geschäft führte. Dieß nun hindert die gegentheilige Auftragsklage keineswegs, da ich den T. zu dem Geschäfte veranlaßt habe, er meinen Willen wirklich ausge-

1) Diese H. Schr. enthält oft bessere Lesarten als die florentinische: Spangenberg, Einleitung in das röm. just. Rechtsbuch (1817) S. 515.

führt hat. Die Klage geht auf den Belauf seines Interesses, daß er „sein" Eigenthum nicht unter solchen Bedingungen würde veräußert haben. — Die Stelle fährt weiter fort:

„Verkaufe ich aber vielmehr aus des Titius' Auftrag, und kauft Kaius, den der Titius später beerbt, so würde dem gegen mich vindizirenden Titius die doli exceptio entgegenstehen. Gegen diesen Nachtheil durch den von mir mit seinem Erblasser abgeschlossenen Verkauf hat aber Titius durch eben dieses Geschäft mittelst seines Erbrechts die Kaufklage erworben und diese ist wirksam."

Wir sagten, die Beerbung sei dem Kaufe nachgefolgt. „Ego vendidi illius mandatu, quum forte is cui heres extiterit eum emisset." Entgegengesetzt urtheilt Scheurl 1 S. 199: dann müßte „emeret" stehen. Aber man kann nur den Todten beerben, nur als Lebender kaufen: also ist das Erbewerden (extiterit) jünger als das Kaufen. „Emisset" entspricht dem „vendidi"; es ist ein einziges Kaufgeschäft. Grade das Plusquamperfektum ist um der Chronologie zu „extiterit" willen gesetzt. Scheurl's eigne Erklärung supponirt eine Reihe von nicht erwähnten Thatsachen: Wollen und müssen wir „emisset" auf das Strengste nehmen, so ergiebt sich folgender Thatbestand:

„Mävius kauft den Sklaven des Titius von einem dritten gutgläubigen Besitzer. Titius beerbt den Mävius, und beauftragt, um sein Eigenthum nicht wissend, den Verkäufer, den Sklaven für ihn, den Titius, weiter zu verkaufen. Nachdem jener Verkäufer, in Vollziehung dieses Auftrages, an den Sempronius verkauft und übergeben hat, erfährt endlich T. sein Eigenthum und will nun von S. vindiziren; dagegen ist die doli exc. zuständig. Aber T. hat wegen Entwährung den Rückgriff auf jenen gutgläubigen Besitzer, welcher an seinen Erblasser verkaufte, also auf den eigenen Mandatar."

Scheurl bereitet sich selbst besondere Schwierigkeiten dadurch, daß er unnöthiger Weise den Verkäufer an M. und den Mandatar des T. für zwei verschiedene Personen hält, daß er ebenso annimmt, an M. sei bereits die Waare überreicht gewesen; was Alles freilich schon die Aufstellung des casus (Vivianus) der Glosse

ist. Im materiellen Resultat, insbesondere für die Eigenthumslehre, ist diese alte Ansicht so richtig wie die unsrige.

Wir kehren zu unsrer ersten Uebertragung des zweiten Falles der Stelle zurück, und verweilen bei den Schlußworten. Die Florentina hat „adversus venditionem", und diese Lesart halten wir nicht für sinnlos. „Adv. venditorem" liest die Vulgata, auch das Dig. vet. Erlang. (Scheurl S. 198 Note 5); und diese Lesart erklärt Scheurl für „unzweifelhaft richtig". Nur soviel können wir zugeben, daß keine materielle Verschiedenheit des Resultats daraus fließt, und daß „venditorem" die Darstellung so vereinfacht, daß der Gedanke an eine darin enthaltene Emendation sehr nahe liegt.

Wer Eigenthum veräußert, überträgt stillschweigend auch alle künftig aus dem Eigenthum fließenden Vermögensvortheile (omnis causa): l. 67 c. e. 18, 1.

Die Uebergabe kann nur dann Eigenthumsübergang wirken, wenn der Uebergeber Eigenthümer war; andrenfalls wirkt sie, wenn Eigenthumsvertrag unterlag, keinerlei Rechtsübergang: l. 20 pr. a. r. d. 41, 1. War der Geber z. B. Nutznießer, so erwirbt der Empfänger nicht den Nießbrauch. Ganz abgesehen von der Unveräußerlichkeit des Nießbrauchsrechtes; denn Dasselbe gilt auch z. B. von Emphyteuse. Anders bei Bruchtheilseigenthum. Aber dingliche Rechte sind auch in der That nicht Eigenthumsstücke. Während also nach l. 54. 160, 2. 175, 1 r. i. 50, 17 nie mehr Recht auf den Empfänger übergehen kann, als der Geber hatte, so ist daraus nicht a contrario zu argumentiren, es gehe das „schwächere" Recht, dasjenige Recht nämlich, welches der Geber wirklich hatte, dann über, wenn das Geschäft auf ein „stärkeres" sich richtete. Sind freilich nicht diese beiden Rechte ungleiche, so geht soviel über, als der Geber in seinem Rechte hatte; ebenso, wie wenn ich ein Landgut übertrage, dessen Eigenthümer ich nur zu einem Realtheile bin. Bei Ungleichheit der Rechte dagegen geht Nichts über, denn auch „schwächer" oder „stärker" sind kaum richtige Bezeichnungen für „dingliche Rechte" oder „Eigenthum", ja in einem gewissen Sinne ist das dingliche Recht vielmehr das stärkere, so daß wir z. B. nicht bezweifeln dürfen, daß, falls der vermeintliche Nutznießer, welcher wirklich Eigenthümer ist, „seinen Nießbrauch" ver-

pfändet, und hernach sein Eigenthum erfährt, derselbe nicht wirksam die Nichtigkeit des Pfandrechts behaupten kann. Im Ganzen aber ist „schwächer oder stärker" ein andres Verhältniß als „weniger oder mehr."

Da das „Eigenthum" nicht aufhört durch Existenz dinglicher Rechte, so geht aus dem Eigenthumsvertrage das Eigenthum über, herrschend und dienend wie es ist, sollte selbst von den Dienstbarkeiten Etwas verheimlicht gewesen sein: deßfalls giebt es nur persönliche Entschädigungsklagen: l. 20, 1 a. r. d. 41, 1.

Sechster Titel.

Von der Eigenthumserſitzung. [1]

Vorbemerkung: Vgl. Eichhorn deutsche Rechtsgeschichte 5. Ausg. 1 §. 59 a: „Die Verjährung als Erwerbungsart ist dem germanischen Rechte unbekannt ... In den fränkischen Volksrechten kommt gar Nichts davon vor. [2] (Einfluß des römischen Rechts:) Erst das decretum Childeberti a. 595 erwähnt ihrer (abgedruckt bei Eichhorn a. a. O. S 753 Note b). Aus dem röm. R. haben ihre Bestimmungen mit einigen Modifikationen l. Longob., l. Wisigoth., l. Burgund." Besitz durch ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage, an liegendem Gut, überhob den beklagten Besitzer nach gemeinem Sachsenrecht (Sachsenſp. 2, 42 §. 2) des Beweises, daß und wie er rechtmäßig zu der Sache gekommen sei. Insbesondre brauchte er seinen Auktor nicht mehr zu nennen. Die Vollendung dieser Frist schnitt somit auch den Rückgriff ab. Kopp,

---

1) Ganz kürzlich ist die zweite Auflage von Unterholzner's Verjährungslehre, besorgt von Schirmer (1858), vollendet worden. Die Eig.-Ersitzung ist behandelt in §§. 173—186. Von allgemeineren Darstellungen sind für unsern Zweck zu beachten §§. 1—8. 10. 17—139.

2) Nicht den Rechten Dritter präjudizirt die lex salica emendata tit. 47 (de eo qui villam alienam occupaverit, vel si XII mensibus eam tenuerit) §. 4 (Laspeyres l. Sal. una cum Ripuariorum 1833): Si quis migraverit in villam alienam, et ei aliquid infra XII menses secundum leges contestatum non fuerit, securus ibidem consistat sicut et alii vicini. Vgl. Eichhorn in Savigny's Z. Schr. 1 (1815), 8: Fremde, auf dem Boden der gemeinen Mark Jahr und Tag angesiedelt, sind in der Gesammtbürgschaft.

ausführl. Nachricht v. d. Verf. d. Gerichte in d. kassel. Landen 1 (1769) §. 22: Wer Gut verkauft, der soll Wehrschaft thun Jahr und Tag. Vgl. Sachsenſp. 3, 83 §. 2. Aber Ersitzung des Eigenthums bedeutete dieß keineswegs. Auf Vollzug der gerichtlichen Auflassung konnte noch nach Ablauf der Frist gegen den Verkäufer u. s. w. geklagt werden. Eine Mobiliarersitzung gab es ebensowenig. Denn entweder hatte der Eigenthümer die Sache selbst freiwillig aus der Hand gegeben, der Empfänger sie widerrechtlich weiter veräußert: dann schützte den Dritterwerber ohnehin der Satz „Hand muß Hand wahren"; oder er hatte sie unfreiwillig verloren, dann konnte Niemand dieselbe ersitzen, vorbehaltlich der herkömmlichen Belohnung des Finders. Die Glosse zum Sachsenspiegel kommt in ihrer romanisirenden Tendenz bereits dahin, die Ersitzung des römischen Rechts mit ihrer bona fides u. s. w. unterzulegen; aber die Klagenverjährungsfristen des Sachsenspiegels, 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage bei Immobilien, (S. S. 1, 29) 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage bei Mobilien sind in den Ländern des sächsischen Rechts in Anwendung auf die römische Ersitzung „statutarische" Ersitzungsfristen geworden und geblieben: Haubold opusc. acad. II.: de origine atque fatis usucapionis rerum mobilium saxonicae.

§. 1. Gaius in den Institutionen stellt nicht die Erwerbs- sondern die Sachen-Arten zusammen. Bei mancipi und nec mancipi res ergreift er die Gelegenheit, den Gegensatz zwischen Mancipation und Tradition zu erklären. Grade hierauf beruhte im Wesentlichen das duplex dominium; also wird nun dieses berührt und die Ausgleichung der Duplizität in der Ersitzung gefunden: Gai. 2, 41. Vgl. Horat. ep. 2, 2, 158 f.: Si proprium est, quod quis libra mercatus et aere est, Quaedam (= omnia in quibusdam casibus) si credis consultis mancipat usus.[1]) Doch ist dieß nur die eine Seite der Ersitzung; die Ersitzung wird in ihrer Totalität abgehandelt. Jene Seite kann nicht die Urbedeutung der Ersitzung in sich begreifen, denn duplex dominium erkannte man erst spät an. Das zwar bleibt möglich, daß die Ersitzung ursprünglich nur dazu diente, die traditio rei mancipi zu

3) Indessen könnte bei „quaedam" auch an die Ausschließung der Provinzialgrundstücke gedacht sein.

ergänzen, d. h. den Mangel der Form der Manzipation zu ersetzen; dann wäre bei der ältesten Ersitzung der Eigenthümer selbst der Auktor gewesen. Aber welche Brücke sollte von da zu der Ersitzung vom Nichteigenthümer als dem Auktor führen? Sollte dagegen Ersitzung ursprünglich den Mangel des Eigenthums vom Auktor ersetzen, und setzte also die Entstehung der Ersitzungslage nicht Eigenthum, sondern nur „Besitz" voraus, ging ferner Besitz durch Tradition auch der mancipi res über: so erfaß, wem die m. r. vom Nichteigenthümer, umsomehr also wem sie vom Eigenthümer tradirt war.

Danach bedeutet nun die Ersitzung Folgendes: Der redliche Eigenthumsbesitzer, der aus materiellem oder formellem Mangel in der Erwerbung nicht bereits Eigenthümer ist, steigert durch die Fortdauer binnen gesetzlicher Frist seinen Besitz zum Rechte.

Die „Redlichkeit", bona fides, ist für den Fall des Eigenthumsvertrages zunächst der Glaube des Erwerbers an das Eigenthum [1]) des Veräußerers:

Gai. 2, 43: ... usucapio ... competit, si modo ea bona fide acceperimus, (sc.: i. e.) quum crederemus eum, qui tradiderit, dominum esse.

L. 25 don. i. v. 24, 1: .. si .. res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, .. ad usucapionem .. uxorem admitti ...; nam jus constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit.

Diese Stelle zeigt, daß b. f. nicht die Meinung, Eigenthum erworben zu haben, sein könne.

L. 27 c. e. 18, 1: Qui a quolibet rem emit, quam putet ipsius esse, bona fide emit.

L. 8 pro empt. 41, 4: .. bona fide emptorem esse ... Quomodo enim mala fide emisse „videtur", qui a (von dem anscheinenden) „domino" emit?

L. 2, 10 ib.: Si servus tuus peculiari nomine emat rem quam scit alienam, ... usu non capies.

§. 13 ib.: Si servus bona fide emerit peculiari nomine,

---

1) Falsch sagt Leyser spec. 207 med. 3: Traditio ei non prodest, qui rem, quae ei traditur, alii jam promissam esse scit.

ego, ubi primum cognovi, sciam alienam: processuram usucapionem ..., initium enim .. sine vitio fuisse; sed si eo ipso tempore quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum.

§. 17 ib.: Si eam rem, quam pro emptore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu.

L. 44, 1 u. 41, 3: Constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratum habet, traditionis tempus inspiciendum remque meam fieri.

Ist der „dominus“ nur scheinbar Eigenthümer, so tritt für „rem meam fieri“ ein „rem usu a me capi“ ein.

§. 7 J. u. 2, 6: .. qui, quamvis ipse mala fide possidet quia intelligit se alienum fundum occupasse, tamen, si alii b. f. accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri.

Demnach ist bei der prätorischen Ersitzung das Wesen der b. f. kein andres gewesen, und ist für allen ursprünglichen Erwerb b. f. analog die Redlichkeit im Glauben, daß die Sache bisher keinen Andern als Eigenthümer habe.

L. 48 u. 41. 3: ... sufficit .. me putare, tuum esse, quum solvis.

L. 5. 6 pro leg. 41, 8: .. res .. legati nomine tradita .., quamvis dominus .. vivat, .. usucapietur, si is, cui tradita est, mortui esse existimaverit.

L. 33, 1 u. 41, 3: vv.: „si quis emerit fundum sciens ob eo cujus non erat“ und „etiamsi a non domino emerit, quum existimaret eum dominum esse“.

L. 7, 11 Publ. 6, 2: sufficit me bonae fidei emptorem fuisse quamvis non a domino emerim.

L. 1 pro her. 41, 5: .. si possessor mortui rem fuisse existimaverit.

Sehr häufig fällt die b. f. mit dem Glauben zusammen, Eigenthümer geworden zu sein, ohne daß doch hierin ihr sicheres Merkmal liegt.

L. 20, 12 h. p. 5, 3: Haec adversus b. f. possessores. Nam ita senatus locutus est: „eos qui se heredes existimassent“.

Aber „heredes“ kann man hier auch gleich „Delaten“ verstehen. Ferner ist Erbrecht nicht Eigenthum. Und endlich ist kein Erbe ohne einen bestimmten Erblasser denkbar.

Daß endlich jener Urbegriff von b. f. juſtinianeiſch ſei, zeigt pr. J. u. 2, 6 und noch deutlicher die Erklärung des Theophilus: bona fide δέ ἐστι τὸ πιστεύειν με, δεσπότην εἶναι τὸν πεπρακότα ... (oder ſonſtigen Auktor).

Wie dazu nun noch die Ueberzeugung, der Auktor ſei handlungs- und diſpoſitionsfähig, hinzutreten müſſe: dieß behalten wir der eingehenden Behandlung der b. f. als eines einzelnen Erſitzungserforderniſſes vor. Diejenigen Stellen, welche b. f. mit Negation der m. f. bezeichnen, ſind nur unvollſtändig, nicht aber in Widerſpruch mit unſrer obigen Beſtimmung des Weſens der b. f. Vgl. auch Schirmer Zeitſchr. f. Z.-R. u. Proz. N. F. 15 S. 212. 214, deſſen Forſchungen zu keinem präziſen und einfach praktiſchen Reſultate führen.

Faßt man b. f. als den Glauben an das eigne Eigenthum, ſo wäre es unbegreiflich, wie die Umwandlung der b. in m. f. im Laufe der Erſitzung den Römern nicht als Unterbrechungsmoment erſchien; wie ferner die traditio rei mancipi ſeitens des dominus oder auch non-dom. Erſitzungslage ſchuf, da doch der Empfänger nicht ohne Rechtsirrthum glauben kann er ſei bereits Eigenthümer, während ſogar die Quellen auf ſolchen Irrthum hier nicht das mindeſte Gewicht legen; wie endlich in l. 45 usur. 22, 1 der beſchenkte Ehegatte ganz ohne Unterſcheidung der Fälle als b. f. possessor gilt, ſo daß nur die Nichtigkeit des Titels ihn an der Erſitzung zu hindern vermag: pro possessore, gar nicht pro suo possidet: l. 16 a. p. 41, 2, was freilich auf Rechtsirrthum nach l. 13, 1 h. p. 5, 3 nicht paßt, aber der Rechtsirrthum nützt wenigſtens Niemandem zur Erſitzung. „Pro donato“ beſitzt Jener daneben, und iſt dieß ergiebig in Betreff der industriales fructus, in Betreff der möglichen Konvaleszenz ex oratione Septimii Severi et Caracallae, aber auch zur Erſitzung falls die Sache einem Dritten gehörte.

§. 2. Ulpian 19, 8 definirt usucapio als dominii adeptio per continuationem possessionis anni[1]) vel biennii. Faſt buch-

1) Vgl. für die altdeutſche Klagverjährung das Schreijahr, annus reclamationis (Bodmann rheingauiſche Alterth. 1 S. 673 Note b), welches jedoch utiliter berechnet wird, ſo daß nach Lokalpraxis eine feſte Beigabe,

ſtäblich ſtimmt damit überein Modeſtin l. 3 u. 41, 3, nur daß hier, wie billig, für „anni etc.“ „temporis lege definiti“ interpolirt iſt. Oder ſollte M. bereits ſo geſchrieben haben im Gedanken an die „lex“ XII. tabb.? Intereſſanter iſt „adjectio“ ſtatt „adoptio“, ein prägnanter[1]) Ausdruck in Stelle eines ganz allgemeinen und unbeſtimmten.

Das tempus beſtimmte[2]) der folgende Tafelſatz:

Usus (et) auctoritas fundi biennium,[3]) ceterarum rerum annus esto.

Sicher iſt, daß neben „fundi“ hier nicht „aedium“ ſtand, daß letztre alſo nach grammatiſcher Auslegung zu den „ceterae res“ gehören müßten. Aber entgegengeſetzt entſcheidet die logiſche Auslegung. Quod in re pari valet, valeat in hac quae par est. Demnach müſſe für Aedes das Recht des Fundus gelten. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat: Cic. top. 4, 23 vgl. pro Caec. 19, 54:

Lex usum et auctoritatem fundi jubet (nämlich durch den Imperativ „esto“) esse biennium. At utimur eodem jure in aedibus, quae in lege non appellantur.

So giebt nur den Sinn des Geſetzes an:

Gai. 2, 54: lex ... soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno.

---

z. B. 6 Wochen 3 Tage, von verſchiedener Länge zum Jahr hinzutrat und ſo der Utilitätscharakter wieder verſchwand, ein Verfahren, zu welchem der annus utilis und das juſtinianeiſche quadriennium continuum der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ein Analogon bieten.

1) Der Beſitz ſteigert ſich zum Eigenthum. Dieſes iſt hinfort von jenem unabhängig, gemäß ſeiner rechtlich-abſoluten Natur. Nur durch längere Löſung vom Beſitz (Aberſitzung) kann es in der That wieder verloren gehen und auf's Neue zum Beſitze hinzutreten. Unterholzner-Schirmer 1 S. 28 Anm. 24.

2) Huſchke in Z. Schr. f. G. R. W. 14 (1848), 7: Das Tafelgeſetz führte nicht erſt die Erſitzung ein, ſondern reduzirte deren Friſt, welche bisher dem Ermeſſen der Obrigkeit unterſtand, auf feſte Zeit.

3) Hugo führt die Verdoppelung der Zeit bei Grundſtücken darauf zurück, daß im Winter dieſelben nicht eigentlich benutzt werden. Obwohl Unterholzner Verj. I S. 269 Note 272 dieſe Begründung anzweifelt, ſo möchte doch dieſelbe ſich bewahrheiten dadurch, daß man Bedenken trug, die Verdoppelung auf Häuſer zu erſtrecken. Dennoch hielt man ſich, in-

„Usus ... biennium esto“ bedeutet demnach in der abgeplatteten Sprache: „fundus biennio usucapitur“.[1]) — Gradezu sagt Gaius 2, 42:

Usucapio .. mobilium quidem rerum anno completur (vgl. „adjectio“ Modestin's), fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII t. cautum est.

Daß aber „fundus“ Immobilien überhaupt bedeute, war schon die Meinung der „alten“ Juristen. Dagegen „ceterae“ und „mobiles“ res fallen keineswegs zusammen; vgl. z. B. die pro her. usucapio. Dennoch setzt mit Bezug auf unsren Gegenstand Gai. 2, 204 einander entgegen „res quae solo teneantur“ und „r. mob.“, Ulp. 19, 8 „r. immob.“ und „r. mob.“; vgl. auch pr. J. u. 2, 6 vv. „Jure civili constitutum fuerat ut rell.“ Eine längre als die zweijährige Frist zur Ersitzung ist diesem alten Recht ganz unbekannt: Plin. ep. 5, 1: Scis te non subscripsisse mecum (sc.: erbrechtliches centumvirale judicium), et jam biennium transisse, omniaque me usucepisse. (Aber die pro herede usucapio vollendete sich auch an Grundstücken intra annum?). Pl. sagt nur, daß gewiß alle Sachen von ihm ersessen, nicht: daß grade die zwei Jahre zur usuc. pro her. an Grundstücken erforderlich seien: Arndts rhein. Mus. f. Jrisprud. II. (1828) S. 128 Note 5. Und, wollte er das Falsche sagen, so kann man es dem Nichtjuristen verzeihen: Unterholzner Verj. I S. 271 Note 275. C. un. pr. usuc. transf. 7, 31: Sed et si quis (soli) res Italicas possidebat per biennium, domini excludebantur.

Böcking §. 144 b deutet den Tafelsatz so, daß vor Fristvollendung der Besitzer die „auctoritas“ noch nicht habe. Dann aber

dem man diese Erstreckung zuließ, mit Recht an die mens und band sich nicht unter die engere ratio legis.

1) Man verstehe uns nicht dahin falsch, daß „usus auctoritas“ uns die älteste „Art der Ersitzung“ (Wenning-Ingenheim Lehrb. d. gem. C.-R.'s. 5. Aufl. ed. Fritz 1837. I S. 319) wäre. Unvernünftig müßte man eine solche Redeweise des Gesetzes nennen „Ersitzung soll sein eine Zeit von ...“ Wir übersetzen „Besitz und Gewähr soll (muß) dauern ...“; hernach ist Eigenthum vorhanden, jetzt (,für die Zukunft,) unabhängig von einer noch längeren Fortdauer des Besitzes, jetzt in sich selbständig, absolut, nicht bloß auf dem relativen und persönlichen Gewährleistungsanspruch gegen den Auktor beruhend; im Gegentheil: dieser Anspruch zessirt, der Erwerber bedarf seiner nicht mehr.

könnte er auch den „usus“ inzwiſchen nicht haben: und ſolche Annahme wäre einverſtandner Maaßen falſch. „Usus (et) auctoritas“ ſtehen im Geſetze durchaus koordinirt. „Annus, biennium“ als Subjekt, „usus auctoritas esto“ als Prädikat zu nehmen, heißt den Dezemvirn eine unnatürliche Wörterſtellung unterſchieben. Auctoritas iſt rechtliche Macht, nicht Eigenthum in specie, wohl ein eigenthumsähnliches Verhältniß, welches für den Fall der einen Klaſſe der Erſitzung ja auch „bonitariſches Eigen“ ſpäter hieß, für den Fall der andren Klaſſe wenigſtens ſpäter eine fingirte Eigenthumsklage erzeugte. Das Rechtliche iſt aber — um bei dem gewöhnlichen, nämlich abgeleiteten Erwerb für die ältre Betrachtung ſtehen zu bleiben — die Einräumung des usus animo dominii transferendi ſeitens desjenigen der mindeſtens ſcheinbar Eigenthümer war. Andre verſtehen das Geſetz ſo: der Erwerber kann ſagen, „die Zeit iſt mein Recht“. Dagegen ſiehe Schirmer Grundidee der Uſukapion, Berlin 1855, §. 2. Aber derſelbe Puchta, welcher für dieſe Auslegung ſteht, ſagt anderswo, ebenſo extrem aber dennoch juriſtiſcher: Tauſend Jahr Unrecht ſind keine Stunde Recht. Halten wir uns aber mehr an den einheitlichen Geiſt des großen Meiſters, als an die einander ausſchließenden Ausſprüche, ſo ſchwindet die Einſeitigkeit. Das Nichtunrecht wird in der Erſitzung Recht durch thatſächliche Dauer. Grade das Nichtunrecht iſt in ſeiner ſubjektiven Rechtlichkeit „auctoritas“. „Auctor“ iſt der Gewährsmann, der an uns Veräußernde. Auch gegen ewige Dauer ſeiner Vertretungspflicht ſorgt die Erſitzung: vgl. c. 19 ev. 8, 45. „Auctoritatis tabellae“ waren die Dokumente über Dasjenige, wofür der Auktor einſtehen will: Ballhorn über dominium S. 273 Note 87. „Auctor secundus“ iſt der ſeitens des Verkäufers geſtellte Eviktionsbürge: l. 4 pr. ev. 21, 2. „Auctor“ iſt die Quelle, aus welcher Etwas ſich herſchreibt: Cic. pro Flacco 17. de div. 1, 1. pro Cluent. 66. Liv. 1, 16. 2, 1. 45, 31. [1]) Daher juris, d. i. der Rechtswiſſenſchaft, auctores; daher nostrae, diversae scholae auctores bei Gaius. Daher

1) Vgl. Kapitulare Ludwig's des Frommen 3, 11 v. J. 819: Si servus chartam ingenuitatis attulerit, si ... ejus ... auctorem legitimum habere non potuerit, domino ... ipsam chartam falsare liceat.

heißt auch, wer das Beispiel oder Vorbild gab, „auctor“. „Auctoritas“ ist auch die sittlich-rechtliche Grundlage und Stärke des Herkommens; die vorangehende und innewohnende Bekräftigung, z. B. tutor auctor fit.

Es liegt also in dem Gesetze zugleich folgender Gedanke: „Der bloße Eigenthumsbesitz (usus) soll 1 oder 2 Jahre dauern.“ (Hernach ist er mehr wie usus, ist er dominium; vom dominus kann man nicht mehr sagen, er habe den „usus“ seiner eignen Sache; dadurch unterscheiden sich die Synonyma „usus“ [in diesem Sinne] und das in der spätren Rechtssprache hier dafür eintretende „possessio“ materiell). „Darum dauert die Vertretungspflicht des Gewährsmannes gleich lange.“

Dieß ist um so wichtiger, als die Klagrechte des alten Zivilrechts an sich durch Verjährung nie erloschen.

Wie der tutor, der ja auch „auctor“ wird, so ist der Ersitzungsauktor bei der Sachveräußerung „domini loco“. Denn der Besitzerwerb für sich ist bloße Thatsache und einseitig; Rechtsgeschäft, welchem der Eigenthumsvertrag unterliegt, wird er durch die begleitende Auktoritas. Dieß scheint auch eine, von Ballhorn vertretene, etymologische Vermuthung, an deren Richtigkeit wir glauben, darzuthun. Danach nämlich wären „agere“ und „aiere“ ursprünglich einerlei, und könnte „aitor“ in „actor“ sowie in „auctor“ sich verloren haben. Es beruht also die auctoritas auf einer auctio oder actio, d. h. auf einem **Geschäfte**, dessen **Sinn** als „Eigenthumsübertragung“ zu fassen und durch die Besitzübertragung verkörpert ist. Wir erinnern uns der Wort- und That-Handlung bei der Manzipation und In Jure Zession, um „aiere“ und „agere“ als identisch zu begreifen; eine ähnliche Erklärung und Vollziehung vor Zeugen ist auch für die Tradition als Regel, nur nicht als formeller Geschäftsbestandtheil, anzunehmen, sei es auch nur um der klaren Beweisbarkeit willen.

§. 3. Angeblich ist usucapio = usus capio = usus captio, wie pignoris capio: Gell. 7, 10. Vgl. auch mortis causa capio. Aber pignus capitur, dominium usu capitur, weßhalb auch „dominii capio“ bei Paulus l. 18, 1 d. i. 39, 2 richtiger scheint als „usu capio“. „Usu- (Ablativ) capio“ dagegen stimmt zu der Redeweise der klassischen Juristen, und hebt ein Ersitzungsmoment hervor.

Ergänzend in letztrem Sinne ist „per longum tempus capio“ (Paul. l. 48, 1 a. r. d. 41, 1), besser als „longo tempore capio“. Zusammenfassend sagen wir: Usu res capitur per ... tempus. Der Besitz potenzirt sich zum Eigenthum mittelst seiner legalen Dauer. Vgl. „longa possessione capi“: Javolen l. 4, 1 pro empt. 41, 4. Der Besitz ist als Thatsache soviel wie das Eigenthum als Recht; ist er nun überdieß wie Eigenthum erworben (titulus), und im redlichen Glauben daß keines Dritten Eigenthum vorliege (bona fides), so ist die relative und subjektive Aechtheit des Erwerbs dazu angethan, jene Potenzirung des Besitzes mittelst Zeitdauer zu bewirken, den Erwerb zum absoluten zu steigern. Der b. f. possessor im rein natürlichen Sinne gewinnt Fruchteigenthum durch Separation: Pomponius bei Paulus l. 48, 1 s. c.: hoc enim (Ersitzungslage) ad jus, i. e. capionem, illud (Fruchteigenthum) ad factum pertinere: ut quis bona aut mala fide possideat. — Objektive Unersitzbarkeit schließt nur die juristische, nicht die natürliche Seite von b. f. possessio aus, mala fides superveniens nur die natürliche nicht die juristische. Erstres bedarf keiner Begründung; Letztres erklärt sich dadurch, daß die Zeitpunkte der Fruchtlösung von dem des Sacherwerbes verschieden sind, und die Erfordernisse zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses (Ersitzungslage) nicht dadurch selbstredend Erfordernisse zu dessen Fortdauer bleiben, vielmehr für die vorliegende Frage das Gegentheil daraus fließt, daß der gehörig qualifizirt erworbne usus in sich und objektiv stets gleich jedem anderswie erworbnen ist, z. B. bonae und malae fidei possessio, justa und injusta, sind nicht verschieden als possessiones, denn fides bleibt subjektiv, causa possessionis ist Besitzgrund, geschäftlich, nicht die Thatsache des Besitzes modifizirend.

Aus „usus capio“ (Vat. fragm. §. 12. Usus quoque capio: l. 1, 2 pro dote 41, 9) wurde „ususcapere“ neben „usucapere“ (Vat. fragm. §. 111) gebildet. „Ususreceptio“ neben „usucapio“ hat Gaius 2, 60. 61., aber auch „usu recipi“.

§. 4. In dem Tafelsatze (Dirksen tab. 3 fragm. 7)

Adversus hostem aeterna auctoritas (esto)

ist hostis gleich dem spätren peregrinus: Cic. de off. 1, 12 §. 37.

Der Satz muß als Ausnahme unterhalb der Regel „usus ... annus esto“ gestanden haben. Er bedeutet, Ersitzung fordert commercium juris civilis (dieß war selbstredend), daher, weil der Fremde nicht römisches Eigenthum ersitzen kann, die Beschränkung der Gewährleistungspflicht des verkaufenden Römers gegenüber dem kaufenden Fremden auf eine (Ersitzungs-) Zeit nicht statthat. Auctoritas also bedeutet hier Währschaft.

Privateigenthum, sonach auch Ersitzung über Provinzialland fand vor Justinian nicht statt. Jeden Unterschied gegenüber italischem Lande beseitigt aber dieser Kaiser, jenen Boden zu der vollkommenen passiven Rechtsfähigkeit des italischen emporhebend: §. 40 J. r. d. 2, 1. Speziell ersitzungsfähig wird Provinzialland durch die c. un. pr. usuc. transform. 7, 31, auf Grund des Veraltens der Bedeutung von „ex jure Quiritium“ und auf Grund der Allgemeingültigkeit der Verjährungseinreden. Vgl. pr. J. u. 2, 6. Im ältren Recht kamen Ausnahmen der ursprünglichen Regel (Gai. 2, 46) nur kraft eines umfassenderen Privilegs, nämlich mittelst Verleihung des jus Italicum, vor.

Ebenso fällt, nachdem Karakalla alle freigebornen Unterthanen für Bürger erklärt und Justinian als einzige Freilassung die zum Bürgerrecht aus dem alten Zivilrecht wiederhergestellt hat, für die Reichsunterthanen jede bevorrechtende Ausscheidung ersitzungsfähiger Klassen hinweg.

Uebrigens galt im jus gentium für Fremde und Provinzialland eine der römischen Ersitzung entsprechende Einrichtung.[1] Im römischen Prozeß konnte dieselbe nicht „ipso jure“ zur Geltung kommen, aber der Prätor gestattete daraus eine Einrede[2] der rechtsverwährten Zeit, longi temporis praescriptio[3] (Donell.

1) Muthmaaßlicher Ursprung der l. t. praescriptio aus dem griechischen Recht. Unterholzner ausführl. Entwickl. der Verj.-Lehre I (1828) S. 45.

2) Einer besondren Berufung des auf die Klage antwortenden Beklagten (παραγραφή; γραφή ist die Klage) bedarf natürlich jede Ersitzung, aber bei der röm. usucapio genügte die einfache contravindicatio. Παραγραφή = praescriptio? Unterholzner (Heindorf) Verj. durch fortgef. Besitz (1815) S. 271 Anm. c. Aber es ist bekannt, daß das „prae“ hier nicht „neben“ bedeutet.

3) Vgl. Cujac. recitt. in Cod. 7, 39 (op. omn. Neap. t. 9 p 1029—1049): Die Usukapion, falls sie nicht Platz greift, wie z. B. bei unkörperlichen

comm. j. c. 5, 4), eine prozeßhindernde Einrede, aber schon bei Gaius nach Form und Sinn nicht mehr eigentliche Präskription. Der Prätor konnte nicht Eigenthum geben, aber er konnte gegen die Vindikation schützen; was das jus gentium als Ersitzung meinte, fand in der römischen Rechtspflege nur als prätorische Klagenverjährung einen materiell ausreichenden Grad von Anerkennung. Nachdem das Institut in dieser Form in Rom sich eingewöhnt hatte, konnte es nicht lange fraglich bleiben, ob Sachen im Kommerzium des Zivilrechts auch hierauf Anspruch hätten. Insbesondre, da jene Einrede für Grundstücke taugte, bejahte man um so mehr ihre Anwendbarkeit auf die minder werthvollen Sklaven, welche auch sonst in Fragen des römischen Rechtes ökonomisch den Immobilien zunächst gestellt werden; ja, auf Grund mehrerer Reskripte Karakalla's auf bewegliche[1]) Sachen überhaupt und allgemein. Vangerow §. 315 Anm.

Sachen, wird ergänzt durch die l. t. praescriptio; diese ebenso, z. B. falls, in rem oder mit der hypothecaria actio, gegen den malae fidei possessor geklagt wird, ferner gegenüber den in personam actiones, durch die praescriptio longissimi temporis 30 annorum; diese endlich durch die praescr. 40 annorum. — Cassiodor var. 5 ep. 37 (op. omn. 1679 t. 1 p. 91) nennt die 30 ann. praescr. eine patrona humani generis, weil sie überall da eintrat wo bisher Verjährung fehlte. — Wie die Römer, so bildeten auch deutsche Partikularrechte die Extinktivverjährung zu einer Erwerbungsart um: Eichhorn Rechtsgeschichte §. 357, um so mehr als dem deutschen Rechte eine Ersitzung ursprünglich durchaus unbekannt war. So entstand, durch Generalisirung einer Stelle des Sachsenspiegels und demnächst durch Vornahme obiger Umbildung, die Ersitzung der sächsischen Praxis, binnen Jahr und Tag an Mobilien, binnen 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen an Immobilien: Eichhorn a. O. §. 564. Demnach ist es für deutsche Gesetzbücher (z. B. österr. G. B. §§. 1451. 1452) nicht unpassend, die Ersitzung als eine besonders qualifizirte (Extinktiv-) Verjährung darzustellen. Daraus folgt dann, daß, so lange der Klage ein rechtliches Hinderniß entgegensteht, auch die Ersitzung gehemmt ist; so durch Abwesenheit in Staatsdiensten, durch gänzlichen Stillstand der Rechtspflege, z. B. in Pest- oder Kriegszeiten: ebend. §. 1496. Ferner, daß Klag-Erhebung und Fortsetzung die Ersitzung unterbricht, falls nicht das Endurtheil dem Kläger Unrecht giebt: §. 1497.

1) Rebus soli für mobilibus liest die Vulgata. Da ist freilich Roßhirt's (gem. Ziv.-R. II [1840] S. 103 Note 2) Vorschlag, immobilibus zu lesen, weniger gewaltsam. Aber es wird nicht leicht Jemand erklären, weßhalb es nöthig gewesen sei, wegen der Statthaftigkeit der Immobiliarpräskription sich auf kaiserliche Reskripte zu berufen, da doch

Vgl. c. 8 praescr. l. t. 7, 33, wo, mit Rücksicht auf die Behauptung des Beklagten, Eigenthum erworben zu haben, von dessen l. t. praescr. als kompetentem Rechtsmittel geredet wird. — Ferner: l. 3. 9. div. temp. praescrr. 44, 3; die letztre Stelle enthielt vielleicht ursprünglich statt „rebus mobilibus“ „r. mancipi“. Bynkershoek r. manc. et nec manc. Kap. 10. — Wegen der Sklaven widerspricht nicht die c. 2 in q. c. cess. l. t. praescr. 7, 34,[1]) denn allerdings, falls der (usukapionsfähige) Beklagte beweist, usukapirt zu haben, ist seine eventuelle Vorschützung der l. t. praesc. von selbst erledigt.

Der Besitz muß auch hier in gutem Glauben erworben (arg. c. 6 praescr. l. t. 7, 33. — c. 11 ib. c. 8 pr. praescr. 30 ann. 7, 39), ferner muß er ein zusammenhängend fortdauernder gewesen (continuata possessio), er darf aber endlich — und dieß ist anders bei der Usukapion[2]) — nicht durch inquietudo litis (unbestimmter: „interpellatio“ in c. 1 praescr. l. t. 7, 33) unterbrochen worden sein: c. 2 ib. Wie aber kann Besitz durch Streiterhebung unterbrochen werden? Offenbar nur in dem Sinne, daß, falls zur Litiskontestationszeit das longum tempus noch nicht abgelaufen war (c. 9 ib.), keine Einrede daraus statthatte, also der Besitz im Klagbeweisfalle herauszugeben war. Dagegen ein Usukapient bedarf keiner Einrede im römischen Sinne von „exceptio“, somit kann die Usukapion auch nach der L. K. noch sich vollenden. Gleichwohl stellt c. 10 derselben Kaiser — Diokletian und Maximian

---

jedenfalls das Edictsrecht dieses längst zuließ. Somit verwerfen wir jede Emendation.“ Denn auch das „soli“ der Glossatoren fließt nur aus deren Irrthum, daß bei Justinian Usukapion Mobiliar-Präskription, Immob.-Ersitzung bedeute.

1) A. M. Hameaux d. usuc. und l. t. praescr. (Gießen 1835) S. 40 ff., welcher Alles nach seiner vorgefaßten Meinung auslegt, daß die l. t. praescriptio nur bei Immobilien anwendbar gewesen sei. Daß die Basiliken, anstatt von Sklaven, von Mobilien überhaupt reden, spricht eher gegen H. als für denselben.

2) (Pap. qu.: l. 13 fam. herc. 10, 2:) Alienationes post judicium acceptum interdictae sunt, dumtaxat voluntariae, non quae vetustiorem causam et originem juris habent necessariam; (Ulp. ad ed.: l. 14 pr. ib.:) sed et si usucapio fuerit coepta ab eo, qui heres non erat, ante litem contestatam, et postea impleta fuerit, rem de judicio subducit.

die Sache für die l. t. praeser. genau so war wie sie bei der usuc. Rechtens ist: daß nämlich wegen der Rückziehung der Streitobjektsschätzung auf den L. K.'szeitpunkt zurück die mittlerweile Vollendung des l. t. dem Beklagten materiell nutzlos bleibe. Dieß ist nur so zu lösen, wenn wir annehmen, daß die Aufhebung des ordo judiciorum privatorum grade zwischen beide Gesetze (c. 9. 10. citt.) fiel, und also zur Zeit des letztren Gesetzes Exzeptionen regelmäßig noch bis zur Verurtheilung vorzubringen waren.

Justus titulus wird als Erforderniß der l. t. pr. erwähnt in c. 4 ib.; tit. verus, während ein Besitzgrund auch im Irrthum beruhen kann, in c. 5 ib. Vgl. c. 8 ib. Wer z. B. die Sache in der ihm anerfallenen Erbschaft fand, ohne jene als fremde zu kennen, ist zum Besitze, nicht aber ohne Weiteres zum Erwerbe mittelst l. t. pr. legitimirt. Und c. 9 ib. setzt einen gutgläubigen Käufer, welcher die l. t. pr. der Vindikation entgegenstemmt; ist die Klage bewiesen, so hat er die „justa possessio" darzuthun. Aehnlich fordert c. 12, 3 ib. bonum initium et possessionem tenentis.

Das longum tempus ist continuum wie die Usukapionsfristen: c. un. pr. usuc. transform 7, 31: „biennium ... Quae et nescientibus dominis procedebant rell" .Seine Dauer beträgt 10 Jahre unter Anwesenden, 20 unter Abwesenden.[1]) Die Fristen der alten Usukapion verläugneten auch diese Unterscheidung, ganz in antiker Strenge und Einfachheit: c. un. pr. usuc. transform. 7, 31: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens

1) Die Fristen waren länger, denn die möglichen Entfernungen waren größer. Ein, zwei Jahre reichten aus für eine Stadt als Staat, nicht für ein Italien oder eine Provinz. Nur trifft das alte Gesetz hier nicht der Vorwurf „unmenschlicher Härte", durch welchen der Urheber dieses Vorwurfs, Justinian, nur seine Gedankenlosigkeit und Eitelkeit auf die eigne „Humanität" verräth. Auch muß man bedenken, daß es ganz gegen die Geschichte ist, wenn Justinian die alte Ersitzung als einen Eigenthumsverlust hier darstellt; Rechte erloschen ehemals grundsätzlich nie durch Verjährung; der Verlust war höchstens Folge des jenseitigen Erwerbs, und er war, damals gewiß in den häufigsten Fällen, aus traditio rei manc. auf Ueberlassung gebaut; selbst aber wo dieß nicht zutraf, war es doch „menschlich", den Erwerb aus gutem Glauben rasch zu sichern, schon wegen des bezahlten Kaufpreises u. dgl.

tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. — Daß auch die 20 Ediktsjahre continuum t. seien, kann aus Paul. 5, 2 §. 3 nicht einmal nach grammatischer Auslegung zweifelhaft werden, zeigt sich überdieß klar in folgenden Worten der, hierin nicht neuernden, c. 12, 3 praescr. l. t. 7, 33: „nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio". — Ohne Hervorhebung des „continuum" tempus notifiziren Paul. 5, 5 A §. 8 und Just. pr. J. u. 2, 6 das longum tempus. Aus der Unterscheidung der Fristen zwischen An- oder Abwesenden folgt, daß c. 1 praescr. l. t. 7, 33 Abwesende voraussetzt; von Anwesenden handelt ausdrücklich c. 9 ib. Schlechthin von „10 oder 20 Jahren" redet c. 11 ib. Entscheidend ist gleiches oder verschiedenes Domizil der Partheien. Verschiedenes: dazu genügten vor Justinian verschiedene Civitates, seit Justinian's c. 12, 1 nur noch verschiedene Provinzen. Den römischen Begriff „provincia" haben wir h. z. T. nicht mehr. Untergerichtssprengel würden am Buchstäblichsten dafür eintreten. Aber bei der so sehr vermehrten Bevölkerung sind unsre Untergerichtssprengel weit kleiner als die römischen Provinzen. Somit ist es allerdings angemessener, Obergerichtssprengel für gleichbedeutend zu nehmen: Unterholzner Verj. I S. 273 Note 278. Wo die Sache liege, relevirt nicht: §. 2 ib., da alles Klagrecht körperlos ist: §. 3 ib. Nicht nur auf die Grundstücke selbst, sondern auch auf Unkörperliches, sofern es, wie namentlich die Servituten,[1]) vindizirbar ist, findet daher die l. t. pr. in dieser Weise Anwendung: §. 4 ib.

Die l. t. pr. bewirkt, daß der Besitzer auch seitens des wahren Eigenthümers nicht zu beunruhigen (c. 2 ib. Diocl. et Max.) ist: c. 1 ib. Sev. et Ant. Das heißt insbesondre: gegen Jenen, der sich auf den langjährigen Besitz berief, kann die Vindikation nicht zur Verurtheilung durchgeführt werden. Also, wie die alte Usukapion ipso jure; so wirkte die l. t. possessio ope exceptionis. Die Usukapion tilgt die Intention des Klägers, die l. t. poss. tilgt nur den aus bewiesener Intention sonst dem Kläger gegen den Beklagten fließenden Anspruch auf Verurtheilung des Letztren in den Geldwerth der res cum omni causa. Folglich durfte

1) „Exemplo rerum immobilium": Ant. c. 2 serv. 3, 34.

im klaſſiſchen Rechte der Judex auch das, ſonſt vorhergehende, arbitrium de restituendo nicht an den Beklagten richten. Arg. c. 3 ib. Diocl. et Max. Die l. t. pr. alſo „depellit vindicantem“: vgl. c. 5 ib. iid. Sie iſt Waffe und Hort, munimentum (vgl. c. 3 h. q. vi metusve causa gesta s. 2, 20. c. 5 r. al. non alienand. 4, 51) und securitas. Ihr zu Grunde liegt ein erworbenes Einrede-Recht. D. h., war das longum tempus einmal vollendet, ſo iſt für die Zukunft die Zuſtändigkeit der Einrede unabhängig von der Fortdauer des Beſitzes, von dem Feſthalten der Beſitzrechtsbeweismittel. Dagegen vor vollendeter Friſt bereitet eine ſelbſt unredliche Beſitzentreißung der l. t. possessio ein unheilbares Ende. Vgl. c. 7 praescr. l. t. 7, 33. Diocl. et Max. In c. 8 ib. iſt die prozeſſualiſche Wirkung der Berufung auf l. t. poss. mit folgenden Worten umſchrieben: „Petere non prohiberis, nullam timens temporis praescriptionem“. Die exceptio iſt ad condemnationem posita, und zeigt in c. 9 ib. Nichts mehr von dem alten Präſkriptionscharakter: „Emptor, ... posteaquam suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione justae possessionis defensus, absolvi recte postulat“.

Nennt der beklagte Naturalbeſitzer ſeinen Zivilbeſitzer, und erſcheint dieſer zum Eintritt in die Beklagtenrolle binnen beraumter Friſt nicht; ſo wird mit Ablauf der Tagfahrt Litiskonteſtation der einen Wirkung nach — nämlich Durchbrechung der l. t. praescr. — angenommen, ferner, falls Jener trotz Edikkalladung auch ſpäter nicht erſcheint, in Folge ſummariſcher Verhandlung der Kläger in den Beſitz eingewieſen, der Eigenthumsfrage unpräjudizirlich, eine bloße Umkehrung der Partheirollen und dadurch der Beweislaſt: Constantin. c. 2 ubi in rem a. 3, 19.

Das Recht des langjährigen Beſitzers erzeugt, im Falle ſpätren nichtfreiwilligen Beſitzverluſtes, eine Vindikation, mindeſtens ſeit dem Jahre 528. Juſtinian c. 8 pr. praescr. 30 ann. 7, 39, dieß verordnend, giebt an: „Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant“. Vor Juſtinian, meint v. Löhr im Arch. f. ziv. Prax. 10 (1827) Nr. 2 Anm. 47, ſei die Publiciana zuſtändig geweſen; nun aber bekomme Jener die (utilis) rei vindicatio (vgl. l. 10 pr. si serv. vind. 8, 5) ſogar gegen den Eigenthümer. Das Wahre ſcheint Folgendes: Juſtinian ändert

materiell Rechts, die utilis r. v. wurde auch früher gegen dominii exceptio vertheidigt durch replicatio l. t.; formell ändert er, indem jene Vindikation jetzt keine utilis mehr (Publiciana), sondern die directa selbst ist, und, nach Beweis ihres Fundaments — l. t. poss. — von exceptio dominii sogar ipso jure keine Rede sein kann.

Das justinianeische Recht kennt nur noch eine Ersitzung, mit der Wirkung der usucapio, mit der Frist von 3 Jahren für bewegliche, 10 resp. 20[1]) Jahren für unbewegliche[2]) Sachen: pr. J. u. 2, 6. Nur mit Rücksicht auf die gleichen Fristen heißt nun die Immobiliarersitzung l. t. possessio oder praescriptio vorzugsweise. „Per longi temporis possessionem usucapitur." Und usucapio vorzugsweise ist demnach jetzt die Mobiliarersitzung: vgl. c. un. §. 2 usuc. transform. 7, 31: „Si quis .. rem mobilem ... per .. triennium detinuerit, is firmo jure eam possideat, quasi per usucapionem ei acquisitam". Für beides wird „justa causa possessionis" als wesentliche Voraussetzung genannt. Die Umbildung der Usukapion durch Annahme der längeren Fristen der l. t. poss. war vorbereitet durch die Aufhebung der alten annalis exceptio Italici contractus: vgl. c. un. cit. §. 1. Auch das neue triennium ist continuum: §. 2 ib. Hinsichtlich der Erfordernisse der neuen einheitlichen Ersitzung bilden die Unterlage die Erfordernisse der l. t. possessio, als des jus novum. Arndts nimmt an, weder für usucapio noch für l. t. praescr. spreche die Vermuthung. Vangerow §. 316 Anm. behandelt die Usukapion als Grundlage, welche durch mehrere bisher nur bei der

1) Eine Neuerung in Anwendung dieser für Abwesende bestimmten Frist auf einen andern, allerdings leicht vergleichbaren Fall enthält das Kapitulare Childebert's v. J. 595 (Georgisch corp. j. G. ant. p. 474): Convenit nobis, ut, quaslibet res ad unum ducem vel judicem pertinentes per 10 annos quicunque inconcusse jure possedit, nullam habeat licentiam intertiandi, nisi tantum causa orphanorum usque ad 20 annos licentiam tribuimus. De reliquis vero condicionibus omnes omnino causas tricennaria lex excludit.

2) Die Intabulation gewährt nach österr. G. B. §. 1467 die kurze Mobiliarersitzungsfrist. Dieß ist, grade im österr. Recht, ein um so größerer Vortheil, als hier die sonstige Ersitzung erst binnen 30 Jahren sich vollendet: §. 1468. Aus den 3 werden 6, aus den 30 werden 40 Jahre bei der außerordentlichen Ersitzung (gegen Fiskus, Kirchen, politische Gemeinden, erlaubte Körperschaften): §. 1472.

Präskription geltende Grundsätze modifizirt worden sei. Stephan im Arch. f. ziv. Praz. 34 (1851), 8. 16. zeigt, daß die Frage ohne (erheblichen) praktischen Werth ist. — Dagegen die Wirkungen sind die der usucapio, insbesondre also „ipso jure“, nicht „ope exceptionis sive replicationis“ eintreffend. Wir glauben, daß Brinz Pandekten S. 207 mit uns steht, obwohl er nicht klar Voraussetzung und Wirkung trennt. Justinian verlangt die bona fides nur zu Anfang, nicht auch später; er statuirt accessionem temporis. Nach seiner Redeweise wäre das Erstre für lukrativen Erwerb bei der alten usucapio zweifelhaft gewesen, während eine „continuatio possessionis“ durch eine Reihe aufeinander folgender Besitzer hindurch der strengen alten Lehre vom Besitz gradezu widerspricht. Es ist auch nur die justa antecessoris possessio, welche gutgerechnet wird: c. un. cit. §. 3: „Continuetur et possessio etiam anterioris justi possessoris, et connumeretur in decennium ... Quod et in .. mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus justo titulo possessionis antecessoris justa detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore .. alienae rei scientia ...“ — Fritz Zeitschr. f. Z. R. u. Proz. 3 S. 446 Note 2 hält „justo tit. poss.“ für unächtes Glossem, und verzweifelt S. 452 an der Konstruirbarkeit der Stelle. Aber die Worte bis „detentio“ bedeuten „Besitz mit usucapionis causa (justa det.); letztre ist gegeben durch justus titulus“. „Possessionis antec.“ gehört zu „detentio.“ Nicht bedeuten also diese Worte, Besitz des Vorgängers könne man sich nur, falls er ein gerechtfertigter war, zurechnen; dieß war ja schon kurz vorher gesagt.

Eine Ersitzung auf Grund der seitens des Eigenthümers eingeräumten Gewähr giebt es, da die mancipi res rechtlich veräußert sind, bei Justinian nicht mehr: c. un. cit. §. 4. Dagegen bildet das justinianeische Recht aus der 30- und 40jährigen Klagenverjährung eine außerordentliche Ersitzung. Hier scheint es rathsam, jene längste Klagenverjährung vorerst in's Auge zu fassen:

In einer von Justinian weggelassenen Verordnung der Kaiser Konstantin — richtiger: Konstantius: Gothofred — und Konstans vom Jahre 349 (c. 2 Th. l. t. praescr. 4, 13) heißt es:

Annorum quadraginta praescriptio, quam „vetustatem“ leges ac jura nuncupare voluerunt, admittenda non est, quum actio personalis intenditur. Quare ... id .. servabis, nisi jure veteri comprehensum est actionem .... propter vetustatem non debere moveri. Sed, quamvis actio pecuniae postulatae exceptione temporis non finiatur, judex tamen debet inspicere, quae temporis intervalla nullis justis causis existentibus fluxerint, et instrumenti vetustatem: ut ... ex officio judicantis, quid pronunciari ... oporteat, aestimetur.

Auch wir wenden uns unwillig von einem Gesetze ab, welches, statt eines festen Rechtssatzes, der richterlichen Willkühr, unter dem Titel der Richterpflicht, einen unbegränzten Spielraum giebt den Forderungskläger, welcher zu beweisen erbötig ist, von vornherein abzuweisen. Aber die Frage verdient eine Würdigung, was sollen wir aus jener alten 40jährigen Präskription machen? wo sie hinstellen? Daß sie gegen in rem actiones zustand, scheint aus dem Gesetze gefolgert werden zu müssen. Aber hier reichten höchstens 20 Jahre aus. „Viginti“ für „quadraginta“ (XX für XL) liest Rujaz obss. 18 cap. 28 ad. c. cit., op. omn. ed. Neap. t. 3 p. 528 sq., aus folgenden Gründen: 1) gemäß der Titelrubrik; 2) erst Anastas führe eine 40jährige Klagenverjährung ein; 3) grade in personam actiones sollten binnen 40 Jahren nach c. cit. nicht erlöschen; 4) durch „vetustas“ wird ein Wasserleitungsrecht erworben, d. h. durch 20 Jahre. — Ihn widerlegt Gothofred in comm. ad c. cit.: ad 1) 40 Jahre sind um so mehr ein longum tempus; in c. 3 Just. de longi temp. praescr. quae pro lib. 7, 22 sind sogar 60 Jahre als temporis longinquitas bezeichnet; ad 2) 40jährige Präskription setze schon Mark Aurel in l. 57, 1 r. n. 23, 2 ein (??), Anastas habe dieselbe nur für die subsidiären Fälle generalisirt; ad 3) R. mache sich eines Prochronismus schuldig; ad 4) vestustas pro lege in condicionibus agrorum, in aquis ducendis, bedeute Immemorialverjährung; 40 Jahre heißen temporis diuturnitas in l. 57 cit.; so kann vetustas gar Alles bezeichnen, besonders indefinitum tempus, aber auch jedes definitum von 10 Jahren und mehr.

Mark Aurel und Luzius Verus antworten in l. 57, 1 r. n. 23, 2 einer Frau, welche, in gutem Glauben, aus einer ihr verzeihlichen Rechtsunkenntniß in blutschänderischer Ehe gelebt hatte, daß die Kinder die Rechte ehelicher haben sollten. Unter den Entscheidungsgründen findet sich auch die 40jährige Dauer der Ehe. Aber dieser Zeitraum ist hier weder Vorbedingung eines Gültigwerdens, einer Unanfechtbarkeit der faktischen Ehe, noch überhaupt Gedanke des Gesetzgebers, vielmehr zufällige Thatsache des konkreten Falles. Hätte die Ehe 30 Jahre gedauert, so würde die Entscheidung vielleicht, hätte sie 50 Jahre gedauert, so würde die Entscheidung sicher die nämliche gewesen sein und hätten die Kaiser dann diese Zahl von Jahren in den Entscheidungsgründen angegeben. Die c. 2 Th. s. c. ist darum bei Justinian nicht rezipirt, weil Anastas in c. 4, 1 praescr. 30 ann. 7, 39 eine 40jährige erlöschende Verjährung einführt für alle Klagrechte, welche einer (kürzern) Verjährung nicht bereits unterworfen waren.

Es kann nicht auffallen, daß, während nach der Titelrubrik im Theodosianischen Kaiserrecht die c. 2 cit. eigentlich von 10- oder 20jähriger Verjährung handeln sollte, daselbst die 40jährige Gegenstand ist. Denn diese ist hier verworfen. Gradeso wurde, daß ein Freier nicht zur Sklaverei ersessen werden kann, für einen Fall, in welchem der sklavische Zustand über 60 Jahre gedauert hatte, in c. 3 de longi temp. praescr. quae pro lib. 7, 22 aufgenommen.

Dagegen bleibt es seltsam, daß keine Spur der 40jährigen Präskription, welche doch in c. 2 cit. als etwas, nur nicht für persönliche Klagen, Bestehendes, ja als ein durch Gesetz und Rechte mit einem besondern Namen („vetustas") Bezeichnetes vorausgesetzt wird, in den ältern Rechtsquellen erhalten ist. Die 40jährigen Verjährungen, welche Bodemeyer (die Zahlen des R. R.'s Gött. 1855 S. 38) anführt, sind sämmtlich späterer Sanktion; der unsrigen, welche offenbar die schwierigste ist, gedenkt er nicht, obwohl er sagt, „40 Jahre finden wir nur in folgenden Fällen hervorgehoben", und also erschöpfend zu sein vermeint. Das Wahrscheinlichste ist mir, daß die c. 2 cit. die unvordenkliche Verjährung meint, welche, der Vereinfachung des Beweises halber, in der Praxis auf 40 Jahre gesetzt worden sein kann, als auf eine die

bisherigen Fristen verhältnißmäßig überragende Reihe von Jahren. Dann sagt die c. cit. nur: „Was das alte Recht als „vetustas“ bezeichnete, ist ein definitum tempus von 40 Jahren geworden, und als solches für Unverjährbares praktisch generalisirt. Dagegen richtet sich, Forderungsrechte anlangend, der Kaiser. Die Fixirung in der Praxis war aber besser wie die richterliche Willkühr; jene strebte sich stets wieder, als Observanz, zu bilden, und Anastas gab ihr die gesetzliche Sanktion. — Wir denken also nicht, daß „alte Gesetze“ bereits die 40 Jahre Vergangenheit als „vetustas“ bezeichneten, sondern daß aus unbestimmt alter Vergangenheit die 40 Jahre hervortraten. Unbestimmt alt ist „vetustas“ auch bei Cassiodor var. 6, 8 (t. 1 p. 101), wo er von ächtem Schatz redet und bemerkt, ein solcher habe longa vetustate seinen zuständigen Eigenthümer verloren.

Zwar kann es nicht fehlen, daß „vetustas“ die l. t. praescriptio ebensowohl bezeichnet. So in l. 1, 23 aq. arc. 39, 3: „vetustatem... Sane enim...“; vgl. l. 2 pr. l. 26 ib. Aber in l. 2, 7 ib. vv. „fossam cujus memoria non extat“ ist ebenfalls vetustas Rechtsgrund, ebenso in l. 3, 4 aqua quot. 43, 20. In c. 7 fundis rei priv. 11, 65 (von Theodos, aber interpolirt) ist „vestustatis auxilium“ ganz sicher die 40jährige Präskription, denn es ist hier als temporis praescriptio bezeichnet, während doch die Berufung auf s. g. Immemorialverjährung nicht einmal eine Exzeption bedeuten kann; und die in c. 7 aufgenommene nov. Theod. 28 nimmt jenes auxilium nicht ausdrücklich aus (Anastas regierte ja weit später), dagegen die Immemorialverjährung ist althergebracht. Vgl. dess. Anastas c. 14 fund. patrim. 11, 61.

Die c. 2. cit. giebt nicht an, für welche Fälle die 40jährige Verjährung zulässig sei. Indeß ist aus c. 2 praescr. 30 ann. 7, 39 zu entnehmen, daß grade Konstantin eben diese Verjährung sanktionirt hat für Fälle, in welchen der Vindikationsbeklagte, nicht im Namen des Vindikanten aber ohne rechten Sacherwerb nachweisen zu können (ohne justum possessionis initium), so lange besitzt. Dieß nun stimmt abermals trefflich zu unsrer Vermuthung, daß die 40jährige erlöschende Verjährung dinglicher Klagrechte ope exceptionis aus der vetustas, aus der Immemorialverjährung entstanden sei, eben dadurch freilich ihren Charakter

als J. V. verloren habe. Denn grade den Beweis des Titels ersetzt die unvordenkliche Zeit.

Kann man gar mit Gothofred annehmen, daß c. 2 vielmehr dem Konstantius zuzuschreiben sei, und liest man demgemäß im justinianeischen Kaiserrecht a. a. O. „lex Constantiana“: so dürfte die oben bemerkte Sanktion ein Bestandtheil des in c. 7 Th. j. fisci 10, 1 kurz erwähnten Edikts des Konstantius gewesen sein, denn dieses Edikt hatte, so unbekannt uns sein einzelner Inhalt ist, die Klagenverjährung — tempora negotiis (judicialibus) faciendis — zum Gegenstande, und scheint schon die Benennung „edictum“ eine Vollständigkeit in Behandlung und Erschöpfung dieses Gegenstandes zu charakterisiren, wenn gleich die Neuerungen und Zusätze zum bereits vorhandenen Edikt vielleicht nur gering waren: nach unsrem Dafürhalten gehört die Entwickelung einer 40jährigen definita praescriptio aus der ältren unvordenklichen Verjährung grade zu diesen Neuerungen.

Zunächst anzuschließen ist die c. un. Th. aa. certo temp. fin. 4, 14[1]) (= c. 3 Just. praescr. 30 ann. 7, 39): Theodosius Asclepiodoto P. P. (Orientis): (pr.:) Sicut in rem speciales, ita ad universitatem (de universitate: Just. Basilic.) ac personales aa. ultra 30 annorum spatium minime protendantur, sed, si qua res (rei und pignoris vindicatio, negatoria actio) vel jus (confessoria actio, hereditatis petitio u. dgl.) aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione vel persecutione (extraordinaria sc.) pulsetur, nihilominus erit agenti 30 ann. praescriptio metuenda; eodem etiam in ejus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio (per longum tempus: Just. ins.) possidente nitetur (nititur: Just.) vindicare. Nam petitio finium reg. in eo sc. quo nunc est jure durabit. (Der Satz fehlt bei Just.). (§. 1:) Quae ergo ante non motae sunt aa., 30 annorum jugi silentio ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per adnotationem (Form, welche die Uebereinstimmung mit der Anfrage am Authentischsten beur-

1) Tricennalis constitutio, z. B. in l. Burg. tit. 31 (ed. Barkow 1826).

kundet), (pro-: Just. ins.) meruisse responsum,[1]) vel etiam (in: Just. ins.) judiciis allegasse, nisi, allegato sacro rescripto, aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta (per exsecutorem: Just. ins.) (sc. judicialis) conventio; in eandem rationem illis proculdubio recasuris, quae post litem contestatam in judicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu, 30 denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur (von „in eandem" an fehlt dieß bei Just. Dagegen fügt nov. Val. 12 noch überdieß Folgendes bei: „nisi forte post 25. annum, ex quo competere actio coeperat, contestata lis fuerit. Cui si is casus eveniat, emenso hoc tricennio quod statutum est, aliud quinquennium prorogamus intra quod debeant negotia universa consumi: ne a malitiosis ingeniis calumniando legem priorem contestatis litibus, aliud tricennium vindicetur. Abunde enim sufficiet quinquennii adjectio: qua evoluta, nulli penitus actioni copia tribuetur. Quae autem intra 25. annum contestata lis fuerit, statuto tricennio modis omnibus consumatur). Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda sed pupillari aetate dumtaxat quamdiu (quamvis: Just. und Basiliken) sub tutoris defensione consistit (Just.: consistat) huic eximenda sanctioni, nam, quum ad eos annos pervenerit, (Plural bei Just.) qui ad sollicitudinem pertinent curatoris (sc. minoris puberis), necessario ei similiter ut aliis annorum 30 intervalla servanda sunt. (§. 2:) Hae autem aa. annis 30 continuis extinguantur quae perpetuae videbantur, non illae quae antiquitus fixis (Just., Bas.: antiquis) temporibus limitantur. (Es folgt die, lediglich geschichtlich bedeutende, Uebergangsbestimmung, welche schon Justinian natürlich wegließ). (§. 3:) Post (hanc vero temporis definitionem) nulli movendi ulterius facultatem patere censuimus (Just.: censemus), etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit. Ann. 424.

Das Gesetz trägt den Namen des Theodos an seiner Spitze; so ist „Theodosius" für „Ephesinus" zu lesen in cap. 5 X praescr.

1) Anders im Falle eines Kaisergesetzes, wie z. B. bei Prokop bell. Vand. 1 Kap. 3 (corp. Byz. hist. 1729 p. 347): Lege cavit Honorius, ne tempus, quo Vandali in Rom. imperio commorarentur, ad eam XXX annorum praescriptionem evaderet.

2, 26.[1]) Doch wollen wir mit denjenigen nicht ſtreiten, welche bei „Ephes.“ bleiben, denn allerdings ward unter den Auſpizien des Theodos das Ephesinum concilium verſammelt, wenn gleich nicht auf demſelben der Rechtsſatz feſtgeſtellt. Andre leſen „Emphegius“, der angeblich des Origenes Vater geweſen ſein ſoll. Andre „Eugenius“, aber dieſer Tyrann hatte nicht Muße zur Legislation, und ſein Name durfte nicht anerkannt werden;[2]) übrigens war er Zeitgenoſſe von Theodos dem Großen. Andre, z. B. Janus a Coſta, „Theodosianus“ (legislator); aber das iſt abſcheuliches Latein, obwohl „Theodosiana lex“ richtig geſagt werden kann.

Daß das Geſetz dem jüngern Theodos angehört, iſt zweifellos; aber ſtammt die 30jährige Verjährung nicht dennoch vom großen Theodos? Ja, nach Cujacius observatt. 18 cap. 26 in op. omn. Neap. III p. 527, denn Valentinian. nennt in ſeiner Novelle ſeinen Antezeſſor, welchem er die Einführung zuſchreibt, „Vater“. Nein, nach Savaro, Sirmundus, Cironius (observatt. j. can. 1 cap. 15): Der Nachfolger nennt jeden ſeiner Thronvorgänger „Vater“; überdieß war Val. Schwiegerſohn Th.'s des Jüngern; unſer Geſetz weiß Nichts von einem frühern. Allerdings nennt der jüngere Th. in nov. 1 den Val. ſeinen Sohn, und trägt nov. 2 die Ueberſchrift: Valentiniano filio Theodosius pater. Von Th. empfing Val. die Kaiſerwürde. Zur Zeit jener Novelle Val.'s war Th. ſchon todt: daher „divae memoriae pater noster“. Uebrigens zeigen die Stellen bei Unterholzner-Schirmer 1 S. 51 Note 53, daß ſchon zur Zeit Theodos' des Großen und Honorius' die 30jährige Verjährung beſtand.

Dieſelbe Rubrik wie unſer Geſetz, nur mit Einfügung des Cäſar Valentinian, trägt c. 7 Th. cogn. 2, 12, welche gewiſſermaßen auch die Tendenz hat ne lites protendantur, indem ſie

---

1) Dieſe Stelle iſt nicht ächt: Unterholzner-Schirmer 1 S. 58 Note 61.

2) Zur Zeit, als Sidonius Apollinaris jung war, verbreitete ſich das obige Geſetz nach Gallien: Sidon. 8 epist. 6: Per ipsum tempus, ut decemviraliter loquar, lex de praescriptione tricennii fuerat proquiritata. Hanc intra Gallias (wegen der Tyrannen: Sirmondi not.) ante nescitam primus (Nicetius) orator indidit.

will, daß, falls der Anwalt nach der Litiskonteſtation ſterbe, alles Prozeßrecht von ſelbſt wieder dem dominus causae zufalle. Hieraus vermuthet Gothofred, beide Verordnungen ſeien urſprünglich eine einzige geweſen. Die Erwähnung unſeres Geſetzes in Val. nov. 8 weiß von dem Cäſar Val. freilich Nichts. Ebenſo ſteht es um Val. nov. 12, welche die Hauptbeſtimmung unſres Geſetzes einfach annimmt „exceptis Afrorum negotiis qui se probaverint necessitatem Vadalicam pertulisse: ut de eorum causis illa tempora praefixo tricennio subtrahantur quae claruerit sub hostilitate consumpta.

Pabſt Alexander III ſchreibt anno 1172 in cap. 8 X praescr. 2, 26: Adversus ecclesias minorem praescriptionem quam quadraginta annorum Romana ecclesia non admittit, [1]) licet quidam canones comprobent tricennalem. Et ecclesia se potest adversus ecclesiam quadragenaria temporis praescriptione tueri de re illa, quam inconcusse ... noscitur possedisse. Verum si ... fuerit mota quaestio, ab utraque parte testes recipi debent, et, si probata fuerit interruptio, praescriptio non tenebit.

Das ältere Kirchenrecht, die sanctorum patrum sanctiones, ſtimmte mit dem Zivilrecht hinſichtlich der 30 Jahre — ruhigen und aufrichtigen Beſitzes, der absque synodali proclamatione fortdauert — überein: cap. 3 ib. (Gregor? — Gelaſius i. J. 494. Arg. c. 4 C. 16 qu. 3 praescr. Deſſelben 30jährige erlöſchende Verjährung, falls ein andrer Biſchof unſre Diözeſe ebenſolange beſaß; doch können die Gränzen — c. 6 ib. — der kirchlichen Territorien, der Provinzen, dadurch nicht verändert werden oder wegfallen. Concil. Arvernense v. J. 541 ex cod. vet. libr. partialium lib. 1 cap. 20, bei Binius 2 p. 510. Gelasius ex concil. Toletano anno 633 c. 3 ib.: Sicut dioecesim alienam tricennalis possessio tollit, ita territorii conventum non adimit). Und vorzüglich ſiehe (Deſſelben) c. 1 C. 13 qu. 2 j. funerandi,

1) Georgiſch corp. j. G. ant. p. 1509: Karol. Kapitularien, geſammelt von Benedikt Levita 5, 389: Ne 10 anni neque 20, vel 30 annorum praescriptio religiosis domibus opponatur, sed sola 40 annorum curricula: et non solum in ceteris rebus, sed etiam in legatis et hereditatibus.

wo der Begriff der außerordentlichen Ersitzung hinzugetreten und in das theodosische Gesetz hineingeschoben zu sein scheint:

„Facultates ecclesiae, nec non et dioeceseos, si quae ab aliquibus possidentur episcopis, jure sibi vindicent, quod tricennalis lex conclusit: quia et filiorum nostrorum principum ita emanavit auctoritas (= c. 2 §. 1 C. 16 qu. 3 praescr.), ut ultra 30 annos nulli liceat pro eo appellare quod legum tempus exclusit".

Die 40jährige Verjährung gegen „religiosae domus" (c. 3 C. 16 qu. 4) stammt von Justinian (Nov. 111, 1. 131, 6); übrigens redet der Kaiser von allen Kirchen, sonstigen „venerabilia loca", und „letztwilligen" milden Stiftungen. Da, wohin die Publikation der Novelle nicht drang, wie z. B. in Spanien, blieb Alles beim Alten.

Den Schritt zur außerordentlichen Ersitzung (Donell. comm. j. c. 5, 31) vollzieht Justinian in c. 8, 1 praescr. 30 annor. 7, 39, indem er dem nach Ablauf der 30 Jahre den Besitz Verlierenden eine utilis rei vindicatio einräumt, falls er nur bonam fidem gehabt hatte. Ohne dieses Erforderniß bleibt die erlöschende Verjährung. Zeugnisse für die Anerkennung der letztren im ostgothischen Italien enthält Kassiodor: var. 1 ep. 18, in op. omn. 1679 t. 1 p. 11: Theodorici R. rescriptum: „Hat sich Jemand durch unbefugte Besitznahme zu einem italischen Grundstück verholfen, und wird nach 30jähriger Besitzdauer mit Vindikation belangt: quoniam praescriptio probatur obviare tricennii, petitionem jubemus quiescere pulsatoris. Locus (enim) calumniandi non relinquitur, quum longi t. obscuritas praeteritur." Id. t. 2 no. 27 p. 33: „Die genueser Judengemeinde darf die Synagoge wiederherstellen. In ipsis vero parietibus cooperiendis vel figendis tantum licentiam damus, si vobis tricennalis non potest obesse praescriptio". Id. t. 3 no. 31 p. 49: „(Im Senate:) (Keine Verjährung gegen öffentliche Klagrechte. Aqua formarum ad aquae molas exercendas vel hortos irrigandos fuerat derivata a privatis.) Et quia non possumus admissi qualitatem ultra jura corrigere — ne, dum fabricis prodesse volumus, legum culmina destruamus —, si hujus nefandissimae rei dominus tricennii praescriptione munitur, accepto pretio competenti (Gnade) suum vendat errorem: ut, quod laesionem publicis praestat fabricis,

non praesumatur ulterius, ne, quod nunc sub largitate corrigimus, postea severissime vindicemus. Mancipia vero, formarum servitio, principum provisione, deputata, in privatorum cognovimus transiisse dominia, templa et loca publica subversioni fuisse mancipata (die Privatleute nahmen davon weg was ihnen brauchbar und angenehm war. Dieß Alles ist rechtlich nichtig).

§. 5. Als rechtspolitischen Grund der Ersitzung (Donell. comm. j. c. 5, 30) pflegt man die Sicherung des Eigenthums beim redlichen Sacherwerber anzugeben; Jener soll durch die Erfüllung der im Rechte bestimmten Zeitlänge seines undurchbrochenen Besitzes zu seinem Glauben die Gewißheit gewinnen, daß er Eigenthümer sei; diese Gewißheit ist nur durch eine solche Einrichtung des positiven Rechts, wie die Ersitzung, zu erreichen. Jedoch paßt dieser Grund nur auf die Ersitzung vom Nichteigenthümer als dem Auktor; für diese Art der Ersitzung aber ist er nun auch wirklich angegeben bei Gaius 2, 44:

Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, quum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.

Nach unsrer obigen Entwicklung, daß nämlich die Ersitzung auf Grund der Währschaft [1]) des die res mancipi tradirenden Eigenthümers um so mehr statthaft war, als das Nämliche galt falls unter gleichen Verhältnissen der Nichteigenthümer veräußert hatte: wäre es verkehrt, die gaianische Begründung der Ersitzung als

1) Lukrez 3, 984: Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu(i). Vgl. Hugo Lehrb. III. (11. Aufl.) S. 194 Anm. 2. Das mancipio accipere vom Eigenthümer bewirkt sofort soviel als die Ersitzung aus Tradition hinterher erzeugt. Aber dieß setzt Währschaft des Trabenten voraus, wozu in erster Linie der Sinn der Tradition, daß Eigenthum übergehe, gehört. Der Dichter setzt also Eigenthum und Besitz einander entgegen, und wählt nach Dichtersitte für Beides die alten Ausdrücke. Aber die Tradition der Manzipi Res übertrug kein Eigenthum, dennoch übertrug sie mehr als Besitz? Das amplius ist die Gewähr, mit ihrer doppelten Wirkung: Ersitzungslage, Rückgriffsrecht. Beide Wirkungen ergänzen einander, indem jede für die der andern entgegengesetzte Eventualität den Empfänger sichert. Die beiden Eventualitäten sind: Entwährung oder nicht binnen der Ersitzungsfrist. — Das Glück läßt sich weder festhalten, noch erzeugt unser Unglück uns Ansprüche gegen Dritte. Vgl. Seneca ep. 72: Fortuna nihil dat mancipio.

eine nicht für beide Klassen der Ersitzung passende zu verwerfen. Nur mußte die römische Rechtswissenschaft, um beiden Klassen Rechnung zu tragen, die bona fides durchaus und in erster Linie als den Glauben an das Eigenthum des Erwerbsurhebers bezeichnen. Demgemäß ist die Ersitzung begründet:

1) im Besitze, usus. —

2) in der auctoritas, d. h. in der Einräumung dieses Besitzes seitens Jemandes der sich für den Eigenthümer ausgiebt, dafür mit gutem Schein zu halten ist, und sein „Eigenthum" mittelst Besitzübertragung an uns veräußert. Dieses Erforderniß gestaltet sich, seitdem man auch originäre Ersitzungsfälle kannte, in den titulus um. —

3) in der gesetzlichen Zeitdauer des auktorisirten usus. Ist der Eigenthümer Auktor, so ersetzt die Zeitdauer die Manzipationsform, wie auch in der usu in manum conventio.

Die Entstehung der Ersitzung kann aber, bei der Unmöglichkeit einer Gewißheit die aus den Quellen zu schöpfen wäre, auch so gedacht werden: Der Besitz ist als die thatsächliche Machtfülle genau parallel dem Eigenthum als der rechtlichen Machtfülle der Person über die körperliche Sache. Wer also durch den Eigenthümer dergestalt zum Besitzer erhoben worden war, daß der Eigenthümer seinen Willen der Eigenthumsübertragung, was an ihm lag, also vollzog: der hatte außer dem Besitze (usus) als Bekräftigung desselben das vollzogene Wort — auctoritas — für sich; um das dominium (imperium) zu haben, dazu freilich fehlte die Zustimmung des Volkes als öffentlicher Rechtsakt. Diesen Mangel ersetzt die Ersitzung. So lag denn eine Eigenthumsübertragung in jenem Privatgeschäfte nicht vor, und konnte man ebendarum die Ersitzung auch da anwenden wo der Nichteigenthümer Erwerbsurheber war; denn „usus auctoritas" fehlt nicht, wenn nur der Erwerber den Urheber für den Eigenthümer hält (Ursprung der bona fides) und somit die Auktoritas ernstliches Eigenthumsgeschäft sein soll.

Nach Gaius will die Ersitzung die endliche Gewißheit des Eigenthums erzielen. Die Fristen sind nicht länger gegriffen, als der bisherige Sachherr solcher bedürftig erschien um den Besitz sich wieder zu verschaffen. Jene positive Gewißheit war überdieß zum

prozessualischen Eigenthumsbeweise eine fast unentbehrliche Einrichtung: ohne Ersitzung kann Jemand von seinen Vorfahren und Vorgängern her unendlich lange besessen haben und wird dennoch nur „usum auctoritatem“ nachzuweisen vermögen, auch über das ehemalige Recht seines Urhebers kann er nicht mehr darthun. Ich glaube, daß es hierauf geht, wenn Gaius libr. 21. ed. prov. — l. 1 u. 41, 3 — sagt:

Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam [1]) rerum diu et fere semper incerta dominia essent (pr. J. u. 2, 6: ne rerum dominia in incerto essent), quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

Das „b. p. u. introd. est“ stimmt gut mit dem „Jure civ. constitutum fuerat“ des pr. J. u. 2, 6, und mit dem „usucapio concessa est“ der l. 5 pr. pro suo 41, 10. Nach pr. J. cit. ist die Usukapion ein „beneficium“, also nicht naturrechtlich.

Wissenschaftliche Förderung gewann die Usukapion und breitere Anwendung um ihres trefflichen Zweckes willen „ut aliquis litium finis esset“. Vgl. Neratius l. 5 pr. cit. Die tiefere Einheit von Grund und Zweck führt zu folgender Umschreibung: „damit irgend einmal die gerichtliche Eigenthumsbehauptung abgeschnitten sei“, d. h., falls die Parthei die bestimmte Dauer von usus auctoritas zeigte, das Bestreiten ihres „Eigenthums“ durch den Gegner aufhören mußte. Das Nämliche sagt Paulus l. 2 pr. aq. arc. 39, 3:

Tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas quae semper pro lege habetur minuendarum sc. litium causa.

Ersitzung verkleinert den Prozeß, Klagenverjährung vermindert die Zahl der Prozesse. Aber Ersitzung hat, da mit dem Urrechte das Klagrecht erlöscht, auch die letztre Kraft. Beide

1) Mancipi? Da erwuchs die dominii incertitudo zumeist, durch den Konflikt des civile mit dem gentium jus. Justinian läßt daher „quarundam“ im Sinne seiner Reformen weg. — Oder sind Provinzialgrundstücke der hauptsächliche Gegensatz? Justinian's Aenderung der Phrase erklärt sich dann grade so leicht. Aber über solche Grundstücke gab es gar kein Privatdominium. Und dennoch redet die Inskription für diese Auslegung.

Bedeutungen trägt „minuere“ in sich; die letztre kann indeß nicht der ursprüngliche Grund der Ersitzung gewesen sein, weil sonst die Rechtseinrichtung ihren Grund weit überragt haben würde.

Unsrer Auffassung am Nächsten kommt Cicero pro Caec. 26, 74: „Was nützt“, ruft er aus, „ein redlicher Erwerb, wenn nicht einmal die angewendete Manzipationsform ihn vollkommen sicher stellt? Recht und Gesetze helfen uns hier mehr als unsre Auktoren. So z. B. fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi, h. e. finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur sed a legibus.“ Die Ersitzung kann nicht schöner verstanden werden, denn als eine gesetzliche Fürsorge für redliche Leute.

Durch die Ersitzung wechselt die Sache ihren Eigenthümer, bleibt also in ihrem sonstigen rechtlichen Bestande unverändert die nämliche. Alle dinglichen Lasten[1]) und Rechte bleiben aufrecht: Donell 5, 29. Das Eigenthum geht ipso jure und ex nunc über, ja selbst ohne Vorwirkung im Fitting'schen Sinne, da alle Verfügungen des bisherigen Herrn gültig fortdauern. Denn jura in re aliena mindern das Eigenthum nicht.

Also ist Ersitzung gewissermaaßen derivativ vom bisherigen Eigenthümer. Vgl. preuß. L. R. 2, 16 §. 9: Ein 44jähriger ruhiger Besitz eines bisher herrenlosen Immobile (Staatsvorbehalt) gilt als stillschweigende Staatseinwilligung, daß der Besitzer Eigenthümer sei. — Vgl. l. 44 don. i. v. et u. 24, 1 (Savigny Zeitschr. 1 (1815) No. 10 und Syst. 4 Beil. 9 No. 3—10 cf. 11): Si extraneus rem (mobilem) viri, ignorans ejus esse (sonst furtum), ignoranti uxori ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet; idemque juris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens se patrem fam. esse (sonst wieder furtum), uxori patris (rem peculiarem) donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse priusquam usu capiatur, vindicareque eam poterit nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio

1) Ueber Pfandrechte siehe Bangerow §. 324 Anm. Die gemeine Praxis bildete die Regel: „Tantum praescriptum, quantum possessum“. Schurpf, Konsilien 5. Ausg. (1612) II, 19 Nr. 6. 29 Nr. 10. 11. 31 Nr. 4. 84 Nr. 5. III, 29 Nr. 5.

(civilis ad usucapionem), quia transiit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris (non etiam viri) scientia[1]) propius est, ut nullum acquisitioni dominii ejus afferat impedimentum: non enim omni modo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis (viris) factae acquirere prohibitae sunt. — Indeſſen iſt dieſe Bedeutung der Erſitzung als eines Rechtsgeſchäftes mit dem bisherigen Herrn ſtets nur eine zufällige; vgl. l. 33 m. c. d. 39, 6: Qui alienam rem m. c. traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse cujus res fuisset, sed ab eo qui occasionem usucapionis praestitisset. — M. a. W.: Erſitzung iſt ſtets eine Veräußerung, nicht immer aber eine freiwillige: l. 1 pr. l. 16 f. dot. 23, 5. Unſre erſtre Behauptung erweiſt l. 28 pr. v. s. 50, 16 von Paulus:

Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.

„Patitur“: eo quod non inquirit rem suam per tempora ad inquirendum sufficientia, quibus transactis dominium finiri lex jubet. Dennoch erſcheint gegenüber dem Charakter dieſer tempora als „continua“ das „pati“ oft als bloße Fiktion. Dieß Eine lehrt indeß auch dieſe Stelle, daß nämlich die Erſitzung unbedingt zu denjenigen Rechtseinrichtungen gehört, welche den Berechtigten ſpornen, ſich ſeines Rechtes anzunehmen; und damit hätten wir abermals eine treffliche Seite dem Inſtitute abgewonnen. Sit aliqua inter desides (man beachte die Verwandtſchaft mit possessio und den Sinn von de) et vigilantes differentia: c. 2 pr. ann. exc. 7, 40. Contra desides homines et sui juris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt: c. 3 §. 1 ib. Die Erſitzung beruht auf zwingendem Recht; dem gemeinen Rechte konform iſt daher der Schlußparagraf des öſterr. G. B.'s (§. 1502): Der Verjährung kann weder im Voraus entſagt, noch kann eine längere Verjährungszeit, als durch die Geſetze beſtimmt iſt, bedungen werden.

§. 6. Was mein iſt, kann nicht erſt mein werden, alſo auch

1) Wir behalten die Savigny'ſche Lesart bei, trotz des Rezenſenten in den Heidelberger Jahrbb. (1816) IX, 1 S. 107 ff., welcher alſo zu leſen vorſchlägt: „.... donationis ipsius mulieris scientia? Propius ....“

nicht mittelst Ersitzung: l. 12, 8 capt. 49, 15. So klar dieß ist, ist es dennoch angefochten worden.

Der aus Kriegsgefangenschaft losgekaufte Sklave gehört dem Loskäufer,[1]) so zwar, daß dessen Kenntniß von dem Dritteigenthum diesen Erwerb nicht ausschließt. Sed, oblato ei pretio quod dedit, postliminio rediisse aut receptus esse servus credetur (§. 7 ib.). §. 8 cit.: Et, si ignorans captivum, existimans vendentis esse (bona fide also), redemit (also auch justo titulo), an quasi usucepisse videatur, —.

Wirklich kann demnach nicht ersessen werden, was mein ist. Aber jene Reoblation tilgt mein Eigenthum rückwärts hin.[2]) Die Frage ist also: Falls binnen Usukaptionsfrist nicht reofferirt wird, bin ich dann definitiver Eigenthümer? Habe ich dann dem alten Herrn sein durch Reoblation suspensiv bedingtes Eigenthum abersessen? Kann ähnlich der durch Fruchtlösung Fruchtherr gewordne gutgläubige Besitzer der fruchttragenden Sache noch durch Quasi-Ersitzung gegen die Eigenthumsklage sich schützen insoweit die letztre auch zur Pflicht der Herausgabe von vorhandner Frucht führen würde? Aber die Aehnlichkeit trügt: es giebt keine Vindikation auf diese Frucht; fructus officio judicis insunt, also ist nicht einmal von vornherein ein Forderungsrecht auf diese Frucht begründet.

— sc. ne post legitimum tempus offerendi pretii priori domino facultas (d. h. mit der Wirkung dadurch sein Eigenthum wiedereinzulösen) sit, videamus. Nam occurrit, quod constitutio, quae de redemptis lata est, eum redimentis servum facit, et, quod meum jam (est), usucapere me intelligi non potest. —

---

1) Nach ältrem Rechte blieb der Ausgelöste beim Loskäufer in der nämlichen Stellung, welche er als Kriegsgefangner hatte: so lange bis die Summe ersetzt ward. Das Heimkehrsrecht blieb auch noch späterhin ihm bis dahin versagt, ohne darum seine rückwirkende Kraft zu verlieren: Hase jus postliminii §. 10.

2) Struben, r. Bedenken III. (2. Aufl. 1777) Bed. 4: Als die Franzosen Klausthal verließen, requirirten sie Pferde, und sandten sie nicht zurück. Eins dieser Pferde kaufte ein Deutscher. So kann der ehemalige Eigenthümer vindiziren gegen Ersatz des Kaufpreises.

Ohne die Konstitution würde das Eigenthum schweben, und ich könnte ersitzen.

— Rursum, quum constitutio non deteriorem causam redimentium sed si quo meliorem effecerit: perimi jus bonae fidei emptoris vetustissimum, et iniquum et contra mentem constitutionis est; ideoque (um die wahre mens auszusprechen), transacto tempore, quanto, nisi constitutio eum proprium fecisset, usucapi potuisset, —

Also giebt der römische Rechtsgelehrte gleichwohl diese Ersitzung nicht zu.

— nihil, ex constitutione, domino superesse recte dicetur.

D. h. das Wiedereinlösungsrecht ist beendigt. Der Fall gestaltet sich praktisch folgendermaaßen: Der alte Herr klagt, und zwar steht ihm nur die Eigenthumsklage zu; den Lösungspreis legt er bei, denn sonst wäre er nicht Eigenthümer. Der Beklagte behauptet, ersessen zu haben, und nimmt das Geld nicht. Würde der Kläger dagegen einwenden, da du Eigenthümer warst, konntest du nicht ersitzen, so hat der Beklagte zwei Schutzgründe seiner Einrede: 1) du kannst dich nicht auf mein Recht berufen, 2) durch dein Anerbieten des Preises bist du rückwärts hin Herr, bin ich niemals Herr gewesen; nur so konntest du vindiziren, denn in der That vindizirst du dein altes Eigenthum; wie ich also anerkenne, daß du mein altes Eigenthum rückwärts hin vernichtetest durch deine Reoblation, so kann das Vernichtete dir nicht dienen, meine Ersitzungsberufung zu zerstören.

Als praktisches Resultat ergiebt sich: der Zwischeneigenthümer kann nicht ersitzen. Dennoch kann er jedem Dritten gegenüber sein Eigenthum durch solche Ersitzung beweisen, denn, wollte der Dritte auf jenes Ersitzungshinderniß sich stützen, so gäbe er grade hierdurch das Eigenthum seines Gegners zu und somit den Eigenthumsprozeß verloren. Die letztre Bemerkung gilt auch vom definitiven Eigenthümer. — Dagegen kann der Zwischeneigenthümer gegenüber dem Erwerber sich regelmäßig auf Ersitzung nicht berufen: es sei denn daß das Zwischeneigenthum nur Deckung eines Forderungsrechtes ist dessen Tilgung als Bedingungserfüllung des Rückerwerbs erscheinen würde. Und auch in diesem Falle liegt

keine wirkliche Ersitzung vor, sondern ope duplicationis wird die exceptio dominii (usucapti) brauchbar. Es leuchtet ein, daß die Quasiersitzungszeit erst laufen kann seitdem das Forderungsrecht zahlbar war, sowie daß die Durchführung der Einrede jede spätre Geltendmachung des Forderungsrechtes ausschließt.

§. 7. Ueber sachliche[1]) Ersitzbarkeit vgl. Donell 5, 22 ff. Vor allen Dingen muß die Sache eigenthumsfähig sein, also 1) körperlich: l. 9 u. 41, 3. Gegensätze sind: unkörperliche Rechte, ideale Einheit eines Sachenkomplexes. L. 30, 2 u. 41, 3: De tertio (1. unitum 2. connexum) genere corporum (improprie; vielmehr plura corpora uni nomini subjecta) videndum est. Non autem „grex universus" sic capiatur usu, quomodo singulae res (in abstracto: unita; nicht: die einzelnen Thiere; denn „quomodo), nec sic, quomodo cohaerentes (connexa). —

Die Ersitzung des unitum ersitzt alle Theile, nicht die des connexum irgend einen Bestandtheil.

— Quid ergo est? Etsi ea natura ejus sit, ut adjectionibus corporum maneat: non item tamen „universi gregis" ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio. —

„Sicuti poss.": Die Stelle beweist also nicht gegen die Möglichkeit von Eigenthum an s. g. universitates rerum distantium überhaupt, an welche Brinz Pand. S. 180 neuerdings wieder zu glauben scheint. Indessen, wenn auch Besitz zu Ersitzung, nicht zu jeder Eigenthumserwerbung Noth thut, so ist doch das Unbesitzbare nicht eigenthumsfähig.

— Nec, si quid emptum immixtum fuerit gregi, augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si „reliquus grex" (kollektiv, nicht einheitlich) dominii mei sit, haec quoque ovis: sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem (begrifflich) ex grege, non tamen usucapiantur.

Indessen sagt Gaius l. 9 u. 41, 3 doch nur: „Usucapionem recipiunt maxime res corporales." Aber es ist auch nicht jede

---

1) Der Freie konnte, da er nicht Sache ist, zur Sklaverei nicht ersessen werden.

usuc. eine Eigenthumserſitzung. So gehören nicht hierher die usuc. hereditatis, libertatis (hominis und urbani praedii). Dagegen iſt bei Gaius ad ed. prov. l. 43, 1 a. r. d. 41, 1:

Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est —

„usuc.“, wegen der voraufgehenden Tradition, im engern Sinne, als Eig.'serſitzung, geſagt. Paulus aber in l. 14 pr. serv. 8, 1 ſtellt unter zwei Erklärungsverſuchen der Ausſchließung der usuc. bei Ackergerechtigkeiten den einen voran, daß ja rechtlicher Zuwachs zu Körperlichem nicht dadurch allein körperlich ſei, denn die Körperlichkeit iſt phyſiſche Eigenſchaft. Das Gleiche gilt von Gebäudegerechtigkeiten. Dagegen der andre Erklärungsverſuch — quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur — ſcheitert in der Anwendung auf habendi und prohibendi servitutes, ganz abgeſehen davon, daß er unhaltbarer Weiſe den Servituten zumuthet, des Weſens von körperlichem Sachbeſitze überhaupt fähig zu ſein. Uebrigens hielt man vor der lex Scribonia die Servitut, ſo gut wie in alter Zeit die Erbſchaft, für körperlich, denn auch das solo cohaerens, welches in ſeiner Selbſtändigkeit beweglich ſein würde, gilt noch h. z. T. für unbeweglich. Der Unterſchied waltet ob, daß letztrenfalls eine organiſche, jedenfalls eine phyſiſche Einigung vorliegt. Bei alledem erhielt ſich die im Ganzen veraltete Auffaſſung in der libertas urbanae servitutis: dieſe fällt noch ſpäter mit der Integrität des (körperlichen) Eigenthums zuſammen, und ihre usucapio ward nicht durch das ſkriboniſche Geſetz angetaſtet.

2) Nur was im Verkehr als Waare dienen kann iſt erſitzbar. Der freie Menſch iſt auch aus dieſem Geſichtspunkte nicht Gegenſtand einer Uſukapion. Ausgeſchloſſen hierdurch ſind ferner die eigentlichen res divini juris, als sacrae und religiosae: Gai. 2, 48; sanctae ſteht für rel. bei Gai. ad ed. prov. in l. 9 u. 41, 3. — Ebenſo die res naturali jure omnium communes. Endlich die publicae: Seneca ep. 79: ICti negant, quidquam publicum usucapi. — Für beide letztre Klaſſen verwirft ausdrücklich die l. t. praescriptio l. 45 pr. u. 41, 3. — Die res publ. gehören

hierher, mögen sie dem römischen Volke — z. B. Provinzialboden im vorjustinianeischen Recht —, mögen sie Gemeinden eigen sein: Gai. l. 9 ib. Denn die Ersitzung kann nicht dem öffentlichen Rechte — jus publicum cf. res publicae — derogiren: c. 22 Th. op. publ. 15, 1 = c. 6 Just. ib. 8, 12. Res publica ist aber hier nur was im freien und gemeinen Bürgergenusse steht: vgl. c. 9 aquaed. 11, 42 mit l. 6, 1 d. r. 1, 8.[1]) Die Kirchen sind und haben keine res publicae, dennoch sind sie als Gemeinden den politischen nachgebildet. Res ecclesiasticae engeren Sinnes sind nicht dem Verkehr entzogen.

Die 12 Tafeln verboten die Ersitzung des forum (= vestibulum sepulcri) bustumve, zum Schutze des jus sepulcrorum: Cic. ll. 2, 24, 61. Nämlich, da der Besitzer ohne Eigenthum kein jus funerandi hatte, ein andrer Gebrauch aber nicht stattfinden durfte: so war das forum bustumve nicht in seinem Kommerzium.

3) Nur Besitzbares ist ersitzbar. Pomp. ad Q. Muc. l. 26 a. p. 41, 2: Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa; incerta autem pars nec tradi nec capi potest: veluti si ita tibi tradam „quidquid mei juris in eo fundo est“; nam, qui ignorat, nec tradere nec accipere id quod incertum est potest.

L. 3, 2 ib. stellt demnach den Satz voran: Incertam rei partem possidere nemo potest. Hierzu findet sich eine Folgerung in l. 32, 2 u. 41, 3: Ideo, si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat: neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit. Und ein Beispiel in l. 3, 2 cit. selbst: Veluti, si hac mente sis, ut, quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere.

Das Material wird nicht mit dem Hause, dem es eingefügt ist, ersessen: l. 23, 7 r. v. 6, 1. Diese Stelle redet gleichwohl von dem Falle, wo der Erbauer die Materialien vorher getrennt

1) Ulpian in l. 17 pr. v. s. 50, 16 versteht unter „publica“ grade nur die in commercio, die civitatum bona, d. h. Sachen, von welchen die Gemeindekassen durch ausschließende Benutzung den Ertrag selbst ziehen, wie Privatleute von dem Ihrigen. Bona sind ja omnia quae prosunt; der Ertrag der publica extra commercium floß nicht in die Gemeindekasse.

besaß; ebenso l. 7, 1 exhib. 10, 4: Si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, quamvis tunc (zur Zeit und seit dem aptare) civiliter (ad usucapionem) non possideas. — Dasselbe ist für „longo tempore capio“ ausgesprochen in l. 7, 11 a. r. d. 41, 1. Denn solches Material wurde nicht für sich besessen; auch kann man nicht annehmen, daß Einunddasselbe zugleich als unbewegliche und als bewegliche Sache besessen zu werden vermöchte (l. 23 pr. u. 41, 3. Brinz Pand. S. 181); unlösbar insfondre würde die Frage sein, ob die Immobilar- oder aber die Mobilar-Ersitzungszeit anzuwenden wäre: l. 23 cit. §. 2 arg. l. 30, 1 ib. vv.: Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? So kann denn auch der Stoffherr den Hausherrn, so lange das Haus steht, nicht als einen Besitzer des Stoffs verklagen: arg. l. 1, 2 t. j. 47, 3. Ganz das nämliche Recht gilt für die Weinbergspfähle. In unlösbarem Widerspruche mit jenem Grundsatz scheint zu stehen Pomponius libr. 30 ad Sabinum: l. 30, 1 u. 41, 3 (dazu Stephan im ziv. Archiv 31 [1848], 10 Nr. 2 S. 373—88): Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem (Beispiel[1]) einer ganz kurzen Zeit; „auch nur 10“) dies superessent, in aedificium eas conjecisset (connexum: princ. ib.: wahre Besitzeinheit), nihilominus (gleich „non“, nach Sintenis im ziv. Arch. 20 [1837] Nr. 4 S. 92—4; „nihilomagis?“) eum usucapturum, si aedificium possedisset. —

Folgende Auslegung scheint die richtige: Obwohl Jenem nur noch eine Spanne Zeit fehlte, die Mobilarersitzung zu vollenden, so kann er nichtsdestoweniger doch nur unter der Voraussetzung ersitzen, daß er das „Haus“ besaß (ad usucapionem). Was er dann ersäße, sagt die Stelle nicht; wir wissen: nur das „Haus“

1) A. M. Pape in Linde's Z. Schr. N. F. IV. (1847), 23. Aber irgend eine Erklärung, warum höchstens 10 Tage an der Ersitzung der Ziegel u. s. w. fehlen dürften, damit deren Einfügung in das Haus die Vollendung jener Ersitzung nicht störe, giebt Pape nicht, und kann Niemand geben. Es bleibt immer singulär, daß die Ersitzung der Ziegel u. s. w. sich dann solle vollenden können, und man vermißt die Berufung auf eine positive Rechtsquelle oder auf die Billigkeit. Also müssen wir diesen Gedanken, als hätte die Stelle jenen Sinn, durchaus abweisen.

als solches; zwar liest neuerdings wieder Brinz S. 182, als wenn die Stelle sagte, er ersäße die „Balken". — Die Entwährung einer Säule, auch als Theils eines Hauses, kann mittelst de tigno juncto actio stattfinden: vgl. Javolen. l. 23, 1 u. 41, 3; Regreß gegen den Verkäufer erwächst. Dagegen: l. 36 ev. 21, 2: Paul.: Nave aut domo empta singula caementa vel tabulae emptae non intelliguntur, ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor quasi evicta parte. — Aber die letztre Stelle spricht nicht jede „ex empto a." ab, und von solcher Klage allein redet die erstre. Hierauf darf indeß kein zu großes Gewicht gelegt werden, da auch die erstre Stelle „Eviktion" als Klagegrund voraussetzt. Also: Eviktionsregreß findet statt, aber nicht wegen entwährten „Theils", denn ein „Theil" liegt nicht vor? Dagegen streitet der Grundsatz der zweiten Stelle „emptae non intelliguntur". Also bleibt nur übrig, in der ersten Stelle die Säule als abgesondert gekauft zu denken, so daß Käufer sie seinem Hause einfügte. Da soll denn, daß er sie nicht besitzt, seinem Eviktionsregreß so wenig im Wege stehen, als dieser Umstand ihn der, die Stelle der Eigenthumsklage vertretenden, de tigno j. a. enthebt. Dem steht nicht entgegen, daß l. 23 pr. u. 41, 3 (, unmittelbar vorher,) einen Käufer eines fertigen Hauses voraussetzt. Unser §. 1 will nur das Bedenken beseitigen, daß der Nichtbesitz des Käufers an der Säule Entwährung und beßfallsigen Rückgriff ausschließe. „Columna evicta", „cum venditore acturum": diese Worte mit einander verglichen, setzen die Säule als verkauft voraus; dieß ist nur für eine selbständige Säule denkbar. — Auch „tegulae" sind nach dem Gesammtsinne von l. 1, 1 t. j. 47, 3 gleich tignum junctum und, daß dieß anfangs nur „etliche Juristen" bemerkten, hat lediglich darin seinen Grund, daß die logische Auslegung überhaupt jünger ist wie die grammatische: ein Widerspruch dagegen wird so wenig wie ein „quod magis" oder „verius est" referirt.

— Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum.

Auf „ergo" stützt Brinz seine Nichtanerkennung des in der Stelle liegenden Gegensatzes. Aber der Römer drückt in großer

Kürze folgenden Gedanken aus: Können wir die Konsequenz ziehen auf Mobilien? Nicht immer; denn hier bisweilen ist es wahr, daß zwei Besitze bleiben, was für Haus und Balken verworfen werden mußte. Wo also bei Mobilien die Besitzeinigung nicht erfolgt, paßt die Konsequenz nicht; im Uebrigen paßt sie auch hier.

§. 8. Unersitzbar ist die Sache, so lange sie mit einem vitium behaftet ist: §. 10 J. u. 2, 6. Vitium, sc. usucapionis, bedeutet Unersitzbarkeit, welche nicht in der Natur des Gegenstandes begründet liegt, also zufälliges Moment. Aber vitium in derselben Bedeutung wird auch mit Beschränkung auf den einzelnen Besitzer, als persönliches Moment, gesagt. Danach unterscheiden wir vitium ex re, ex persona. Im letztren Sinne ist z. B., durch Mangel der bona fides, initium possessionis vitiosum: l. 15, 2 u. 41, 3; „sine vitio" steht als Gegensatz in l. 2, 13 pro empt. 41, 4; vitium gleich Mangel eines justum possidendi initium: l. 5 pr. div. temp. praescrr. 44, 3; initii vitium: c. 3 comm. de usuc. 7, 30. Auch „precario" possidere ist vitium. Es giebt demnach mehrere vitia ex persona. Dieß Alles ist so gradeso gedacht bei der longi temporis possessio. Neque enim recte defendetur, quum exordium ei bonae fidei ratio non tueatur: l. 11 div. temp. praescrr. 44, 3.

Ueber „vitium ex re" siehe l. 24, 1 u. 41, 3. Daß hierdurch „interpellatur usucapionis jus": dieser eigenthümlichen Wendung bedient sich Paulus l. 84 furt. 47, 2, freilich in negativer Fassung: „(purgato vitio) non interpellari jam rell." — Vgl. Julian in l. 7, 6 pro empt. 41, 4: quum sciens quis (kein violentus possessor) alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio.

Vitium ex re schließt die Ersitzbarkeit auch dann aus, wenn kein vitium ex persona konkurrirt: Pomp. l. 24 pr. u. 41, 3: Ubi lex inhibet „usucapionem", bona fides possidenti nihil prodest. Paul. l. 136 r. i. 50, 17: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est. — Zur Anwendung der letzteren Stelle auf die Ersitzung fehlt es zwar an der Erwähnung des Titels. Hiervon abgesehen, müßte sie für Ersitzung folgender Gestalt ausgelegt werden: Der gute Glaube verschafft dem fortdauernden Besitzer soviel, als der Besitzer haben

würde, falls, was er nur so glaubt, von vornherein wahr gewesen wäre; nur darf das Rechtsgesetz nicht entgegenstehen. Schirmer in Linde's Zeitschr. N. F. 15 (1857), 7 S. 209 Note 2.

Die Frage nach vitia ex re als die primäre, nach v. ex persona als die sekundäre tritt auch auf das Deutlichste hervor in §. 10 J. u. 2, 6: Sciendum est, rem talem esse debere, ut (daß) in se non habeat vitium, ut (damit) a b. f. emptore usucapi possit vel qui ex alia justa causa possidet.

§. 9. In diesem Sinne erklären die zwölf Tafeln „res furtivae" für unersitzbar: Gai. 2, 45. 49. Dirksen 8, 17. Donell 5, 24. Vgl. Vangerow §. 317 Anm. Lit. B. Nr. 4. Sklaven konnten Delikte begehen, also auch „furta"; ihre „Rechtlosigkeit" und „Sachennatur" war hierin nicht durchgeführt. Der flüchtige Sklave stiehlt sich selbst. Ne servorum fuga dominis suis ex quacunque causa fiat damnosa! Dahin führte die Verbindung beider Rechtsgrundsätze: der Deliktsfähigkeit und des sachlichen Charakters des Sklaven. Die Sklavin, schwanger fliehend, stiehlt, falls sie nun gebärt, überdieß ihr Kind: l. 60 furt. 47, 2; die „contrectatio" ist hier im eigentlichsten Sinne vorhanden. Dieß gilt ebenso für l. t. possessio: c. 1. serv. fug. 6, 1.

Aber erwirbt nicht der Fliehende sich selbst sofort seinem Herrn? Kann ein Sklave doch kein „possessor" also auch nicht sui ipsius, sein! Wir müssen gestehen, daß wir hierauf keine rechtfertigende Antwort zu geben im Stande sind. Praktisch war die römische Entscheidung freilich, aber rechtlich rächte sich die Unnatur der ganzen Institution der Sklaverei, insofern man, daß der Sklave eine „Sache" sei, streng durchzuführen außer Stande war.

Daß ein furtum an liberi alieni juris seit ältester Zeit statuirt war, ist ganz unbedenklich, aber für die Eigenthumslehre irrelevant.

Später als von furtum rei mag man von f. usus und possessionis geredet haben. Aber auch diese Anwendungen des römischen Diebstahlsbegriffs dürfen hier nicht zur Erörterung kommen. Entwendet z. B. der Herr die Sache dem Nutznießer, Faustpfandgläubiger (Cassius und Paulus l. 4, 21 u. 41, 3), oder dem gutgläubigen Besitzer, so erwächst wohl die Strafklage, aber es war kein „Eigenthum" gestohlen. Ja, nähme man Letztres den-

noch an, so wäre das sachliche Ersitzungshinderniß gleichwohl gleichzeitig wieder getilgt (bereinigt: purgatum), da die Sache in die Gewalt ihres Herrn zurückkehrt: Paul l. 20, 1 furt. 47, 2. Veräußert sie nun derselbe, so kann das Hinderniß nach allgemeinen Rechtswahrheiten nicht wieder aufleben, sondern dem sonst qualifizirten Erwerber „utiliter cedunt usucapionis tempora“: Mod. l. 5 pro empt. 41, 4, d. h. „prosunt ad usucapiendum“. In dieser interessanten Stelle ist also vorausgesetzt, daß der Dieb Nichteigenthümer war. Dafür ist er aber der Faustverpfänder des Bestohlenen. Mag er gleich wissen, daß er Nichteigenthümer ist, so entwendet er doch immer nur den Besitz, nicht das Eigenthum, nämlich soviel als der Bestohlne hat. Aber auch dem dritten wahren Herrn stiehlt er nicht das Eigenthum durch jene Handlung, weil dieser nicht der Urheber der Verpfändung, also in keinem Sinne bestohlen ist. Dem wahren Herrn verschlägt es Nichts, welcher Dritte besitzt, unter Solchen die sämmtlich nicht durch ihren Besitz ihn als den Herrn bekennen. In l. 4, 6 u. 41, 3 daher ist der Sachherr selbst der Verpfänder oder Kommodant. Vgl. §. 8 J. u. 2, 6. Zu dem Zurückkehren in die Gewalt des Herrn, als der Beseitigung des Ersitzungshinderni[sses], gehört natürlich das Wissen des Herrn um diese Rückkehr: l. 86 furt. 47, 2. Wird z. B dem Sklaven eine Pekulsache gestohlen, so reicht, falls der Herr jetzt diese Sache dem Pekul entzieht, es keineswegs hin, daß der Sklave ohne Wissen des Herrn dieselbe selbstwissend wieder erlangt: l. 4, 7 u. 41, 3. Hier lesen wir „sufficit“ und verwerfen die Konjektur[1]) „officit“; man erwartet hierzu als Nachsatz „si ignoraverim“. „Tunc exigendum est“ ist Steigerung im Verhältniß zu „sufficit“. „Si modo“ übersetzen wir „es sei denn, daß“, ergänzen somit aus „nec sufficit“ zu dem Nebensatze ein positives „sufficit“. — Weiß der Bestohlene Nichts vom Diebstahl, bis die Sache wieder an denselben Ort zurückgebracht ist: so ist hierdurch allein die sachliche Unersitzbarkeit bereinigt: §. 8 ib., denn der Ausgleichung bedurfte es nur räumlich, nicht geistig. Z. B. Der Depositar verkauft das Depositum aus Gewinnsucht, später bereuend oder gefährdet löst er

1) Huschke in Linde's Z. Schr. N. F. II. (1846), 6 Nr. 1.

daſſelbe wieder ein: es blieb mein altes Depoſit: §. 10 ib. Beſtiehlt mich mein Sklave und hält die Sache als Pekulſtück: ſo erlöſcht die Furtivität auch rein geiſtig dadurch, daß ich ihm geſtatte, ſie im Pekul zu haben: §. 9 ib. Für Bevormundete tritt, das geiſtige Erforderniß anlangend, das Wiſſen des Vormunds ein: §. 11 ib. Vielleicht zwar ſind im juſtinianeiſchen Recht Mündelſachen überhaupt unerſitzbar; aber die Furtivität begründet ein länger dauerndes vitium. — Iſt der Vormund ſelbſt der Dieb, ſo gilt das Geſagte nicht: nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur quum tutelam administrat, non quum pupillum spoliat: l. 7, 3 pro empt. 41, 4. Wohl durften nach Pandektenrecht die Vormünder mit den Dieben Vergleiche ſchließen, inſofern ſie veräußern konnten: l. 56, 4 furt. 47, 2. — Keine Rückkehr in die Gewalt des Herrn liegt vor, falls er bloß ſ. g. abgeleiteten Beſitz erwirbt (l. 7, 7 pro empt. 41, 4) oder poſſeſſoriſchen Interdikten unterliegen kann (l. 4, 26 u. 41, 3). Der Beſitz muß rechtlich unentziehbar ſein. Ebenſo iſt nöthig, daß man die Sache als die uns bereits früher gehörende wieder bekam; entgegen ſteht z. B. der Fall, daß man ſie kaufte, indem man ſie als die geſtohlne nicht erkannte: §. 12 ib.

Wie aber bringen wir mit dem Geſagten den Ausſpruch des Paulus in l. 49 ib. in Einklang?

Labeo: Si quid est surreptum, id usucapi non potest ante quam in domini potestatem pervenerit. Paulus: imo forsitan et contra: nam, si id, quod mihi pignori dederis, surripueris, erit ea „res“ furtiva facta, sed, simulatque in meam potestatem venerit, usucapi poterit.

Freilich iſt der ganze Diebſtahl, was das Schickſal der Sache anlangt, ausgeglichen. Aber wie konnte die „Sache“ überhaupt inzwiſchen furtiv geweſen ſein? Wäre das pignus dem Paulus „Eigenthum“, wie ſolches durch mancipatio fiduciae causa an den Gläubiger kam: ſo würde Paulus dem Labeo im Reſultate gar nicht widerſprechen. Nun ſagt aber Gaius 2, 60: „cum fiducia contrahitur cum creditore pignoris jure.“ Demnach macht Paulus einen ihm ſelbſt bedenklichen Verſuch, dasjenige, was in obiger Hinſicht für den fiduziariſchen Gläubiger ſicher galt,

auf den nichtfiduziarischen anzuwenden. Nicht gelungen scheint mir Böcking's (§. 145 Note 5) Erklärungsversuch: einmal weil er — und dieß ist gemeine Meinung: Arndts §. 162 Anm. 3 b. a. E. — unterschiebt daß ein Dritter Eigenthümer sei; dann, weil selbst unter dieser Voraussetzung der Verpfänder in der That kein furtum rei ipsius begeht; endlich, weil dann doch erst die Rückkehr der Sache in die Gewalt des wahren Herrn die Unersitzbarkeit beseitigen dürfte. Uebrigens findet sich jene von Paulus behauptete Furtivität auch klar ausgesprochen von Philippus in c. 6 u. pro empt. 7, 26. Dennoch können wir nicht Bedenken tragen, bei der vorhandnen Antinomie aus dem Grunde der Rechtskonsequenz uns der entgegengesetzten Meinung anzuschließen. Denn das Eigenthum kann der Verpfänder dem Pfandgläubiger nicht stehlen; faßt man aber das Verhältniß ökonomisch, das Pf. R. als Beherrschung der Wertheigenschaft der Sache, auf: so begreift man weder die Verwechselung zwischen Werth und Sache noch auch, wie, wenn z. B. eine Sache, von Werth 3000, um 1000 verpfändet ist, die ganze Sache um der Versetzung jenes Theilwerthes willen furtiv würde. Und doch mag Paulus so geschlossen haben: da die „ganze" Sache untheilbar dem Pf. Rechte unterliegt, da die Distraktionsbefugniß, d. i. Recht zu Eigenthumsveräußerung, das Hauptsächliche am Pf. R. ist, so könnte man — da die Entscheidung doch einmal der Wissenschaft oblag — aus wissenschaftlichen Gründen für diesen Fall vielleicht ebensogut das Gegentheil der labeonischen Meinung vertheidigen. Und so wurde denn hier und da wirklich verfahren.

§. 10. Eine lex Atinia wiederholte die Unersitzbarkeit der gestohlenen Sachen: §. 2 J. u. 2, 6: „lex XII tabb. et l. At."; l. 33 pr. u. 41, 3: „l. XII t. vel Atinia (usucapioni obstat)". Q. Skävola, Brutus und Manilius deuteten dieses Gesetz bereits. Nach der Streitfrage bei Gellius 17, 7, ob das Gesetz auch auf früher Gestohlenes anzuwenden, ist das Gesetz den Vätern jener Juristen gleichzeitig entstanden, vielleicht Plebisszit des L. Atinius Labeo v. J. 557 der Stadt. Es enthielt die Worte:

Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto.

Für „subreptum" ist ältre Form „subruptum" nach Böcking §. 145 Note 7.

Wissentlich fremde Mobilien zu veräußern, ist objektiver Thatbestand eines Furtums. Nach Böcking §. 145 Note 21 dagegen vielmehr „eines Stellionats" — vgl. c. 2 crim. stell. 9, 34, — insofern es zum furtum an der Kontrektation gebreche. Jedenfalls aber trat „Furtivität" ein, denn ein besondrer Unersitzbarkeitsfall ward hierfür nicht statuirt, und ist daher die Sonderstellung jenes Falls bei Böcking §. 145 f. so, daß mehrere ungleichartige Fälle diesen „Stellionat" vom Furtum in Aufzählung der vitia ex re trennen, am Wenigsten zu billigen.

Solche Veräußerung ist jedoch nur dann Furtum, falls der Verkauf u. s. w. geschah:

a) gegen den Willen des Eigenthümers: c. 7 u. pro empt. 7, 26 —

b) ohne dessen Willen: c. 2 u. pro don. 7, 27 —

c) ohne Verkaufsrecht. Z. B. Pfanddistraktion ist Ausübung von Verkaufsrecht ohne Requisit des Willens des Eigenthümers: c. 1 u. pro empt. 7, 26.

Dadurch ist der Gebrauch der ganzen Mobilarersitzung auf ein praktisch sehr schmales Feld eingeengt: §. 3. J. u. 2, 6. Die Fälle der bona fides (c. 4 u. pro empt. 7, 26) des Verkäufers (§. 4 cf. §. 6 J. u. 2, 6) sind selten, obwohl dieselbe natürlich auch trotz Unentschuldbarkeit des Irrthums den animus furandi, somit das furtum, ausschließt: §. 5 ib.

Wird ein vitium ex re gehoben (Donell 5, 28), so bedarf es keines neuen Besitzanfanges, damit der fortdauernde redliche Besitzer zu ersitzen beginne: arg. l. 24, 1 u. 41, 3.

Neu im atinischen Gesetz scheinen überhaupt die Bestimmungen über die vitii purgatio gewesen zu sein: l. 4, 6 u. 41, 3. Wie die Wissenschaft den „is, cui subruptum erit" auffaßte, sahen wir oben. Daß die Sache in dessen „potestas" müsse zurückgekehrt sein, dieß verstanden schon die ältesten Sabinianer von der bloßen vindicandi potestas: l. 215 v. s. 50, 16. Denn, klagte der Bestohlene nun nicht, so lag, daß der Diebstahl sich nicht ausglich, in seinem Willen, nicht in den Folgen der That. Wie aber Niemand mit seinem Willen bestohlen werden kann, so kann auch die Furtivität nicht fortdauern falls ihre Fortdauer nur in eben diesem Willen beruhen würde. Nimmt ferner der Kläger den Geldwerth an, so

ist die Unersitzbarkeit beseitigt, so wenig er den Besitz der Sache wieder bekommen, die Sache in seine physische „Gewalt" zurückgebracht hat: l. 4, 13 u. 41, 3. Oder: er giebt, auch ohne Klage, sein „Eigenthum" auf, z. B. durch Ausführung seines Befehls, daß der aktuelle Inhaber die Sache einem Dritten zueigne: §. 14 ib. Ich glaube sogar, wenn nur der aktuelle Inhaber diesen Befehl des „Sachherrn" als solchen annimmt, daß er dadurch in das Verhältniß eines Detentor sich begiebt, und also Besitz und Gewalt des Sachherrn, somit Ersitzbarkeit, schon jetzt vorliegt. Läßt sich also z. B. der Herr durch den Dieb selbst späterhin die Sache abkaufen, und gilt dieselbe als übergeben: so wandelt sich seine possessio pro furtiva in eine pro suo (generell; Gegensatz: pro possessore) um: l. 32 pr. u. 41, 3 vgl. l. 6, 3 prec. 43, 26, und die Ersitzbarkeit beginnt.

Die Furtivität erlöscht, falls der Besitzer oder ein Vormann desselben oder der Dieb selbst gegenüber dem Bestohlnen, z. B. als dessen Erbe, Eigenthum erwirbt. Aehnlich, wenn der Ehemann das Dotalgrundstück veräußert hatte, und nun fällt es ihm durch den Tod der Ehefrau nach dem Ehevertrage zu, so tritt Ersitzbarkeit wieder ein; zwar war der Fall kein Furtum, aber „venditio non valebat": l. 42 u. 41; 3.

Dagegen überdauert das vitium ex re die Kriegsgefangenschaft und das Postliminium der Sache: l. 27 capt. 49, 15.

Schwierigkeit macht

Paul. l. 4, 20 usuc. 41, 3: Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est (aber nicht bei Justinian), ut substantiam spectemus; et ideo vestis furtiva erit.

Vgl. desselben

l. 12, 3 ad exhib. 10, 4: Si quis ex uvis meis mustam fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, quum sciret (fur) haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia, quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.

Und Ulpian's

l. 52, 14 furt. 47, 2: Si quis massam meam argenteam surripuerit, et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massae nomine furti agere, vel condictione. Idem est et in uvis, et

in musto, et in vinaceis (Weinbeer-Hülse und -Kern). Nam et uvarum, et musti et vinaceorum nomine furti agere potest; sed et condici.

Ebenso Julian l. 14, 3 cond. furt. 13, 1. Kondiktion des Pokal's giebt auch Fulzinius und Paulus in l. 13 cond. furt. 13, 1, mit Einschluß der Cälatur, denn der Dieb hat nicht einmal Retentionsrecht wegen utiles impensae.

Der Pokal ist nicht durch Spezifikation entstanden, da er in den Rohstoff zurückgeführt werden kann; der Most ꝛc. entsteht durch bloßes „detegere" und Auspressen;[1] das Gleiche gilt vom Oel. Also beschränkt die Schwierigkeit sich auf die Kleider:[2] hier nahm Paulus keine Spezifikation an.[3]

Massurius Sabinus in seinem Buche „de furtis" sprach aus, was Gellius 11, 18 als dem Sprachgebrauche seiner Zeit gänzlich entschwunden bezeichnet: daß nämlich auch unbewegliche Sachen Gegenstände des furtum seien; daher waren die später s. g. res vi possessae schon von dem Ersitzungsverbote der zwölf Tafeln ergriffen: Gai 2, 49. Auch Sabinus stellt hier Fundus und Aedes, also unterscheidend wie die Alten überhaupt und grade auch in der Ersitzungslehre, neben einander. Die neuere Wissenschaft, schon vor Gaius 2, 15 (l. 37, 1 l. 38 u. 41, 3 vgl. §. 7 J. u. 2, 6), mißbilligte und verwarf, im Anschluß an den veränderten Sprachgebrauch, die „Furtivität eines Immobile", und dieß hatte die praktische Bedeutung, daß der gutgläubig vom clandestinus possessor, oder vom Prokurator außerhalb der Verkaufslizenz (l. 7, 6 pro empt. 41, 4), oder überhaupt von Jedem außer dem violentus possessor Erwerbende nicht durch sachliches Hinderniß an der Ersitzung gehindert war; gegen ihn richtet sich auch nicht die c. 11 u. v. 8, 4. Länger scheint sich die furti actio in der Anwendung auf Immobilien erhalten zu haben; dagegen erklärt sich Ulpian l. 25 pr. furt. 47, 2.

Wohl schützt den sein Eigenthum und die stattgehabte Veräußerung nicht kennenden Sachherrn die Novelle 119 Kapitel 7

1) Siehe jedoch oben S. 119.
2) Vgl. oben S. 117.
3) Einen andern Erklärungsversuch haben wir auf S. 118 gegeben.

dergestalt gegen solche Ersitzung, daß dieselbe erst in 30 Jahren, also als s. g. außerordentliche, sich vollenden soll. Es ist selbstredend, daß dieses neuerfundene und eigenthümlich konstruirte Vitium quasi ex persona domini auch ohne Wiedererlangung der Gewalt vereinigt wird durch eintretende Kenntniß des Sachherrn um sein Eigenthum. Nicht können wir Böcking §. 145 Note 23 beistimmen: „Die Heilung dieser Vitiosität geschieht ... dadurch, daß ..: (er) Kenntniß von seinem Rechte oder der geschehenen Veräußerung erlangt". Denn Justinian faßt zwar die beiden Voraussetzungen zum Eintritt dieses Vitii kopulativ; aber was nützt dem Sachherrn, der sein Eigenthum andauernd nicht kennt, die spätre Kenntnißnahme einer Veräußerung eines ihm subjektiv fremden Immobile? Der theilweise Wegfall der Erfordernisse zur Entstehung eines Rechtszustandes (hier: Vitium) läßt nirgends einen Rückschluß zu auf Nichtfortdauer des entstandenen Rechtszustandes selbst. Dagegen, erfährt der Sachherr sein Eigenthum, so fehlt jeder innere Grund, wegen seiner andauernden Unkenntniß der Veräußerung das Vitium fortdauern zu lassen. Er kann sich seiner Sache annehmen; da sie unbeweglich ist, so hat er vindicandi potestatem, und über das Maaß des Vitii für Mobilien will Justinian sicher hier nicht hinausgehen, da er in andrer Rücksicht sogar unter diesem Maaße bleibt. So scheint auch die Authentike ut sponsalicia largitas §. rursus zu c. 1 praescr. l. t. 7, 33 die Sache zu verstehen.

§. 11. Ein Vitium erwächst aber, und zwar vorzugsweise bei Immobilien, ex re vi possessa: Donell 5, 27. Bei Mobilien ist „rapere" das Kunstwort: l. 6 vi bon, rapt. 47, 8; doch blieb noch den klassischen Juristen die gewaltsame Entreißung von Mobilien auch „Furtum", z. B. l. 48, 7 furt. 47, 2. — Gewaltsame Dejektion ist Voraussetzung; aber, daß grade der Dejizient, nicht ein Dritter, sich in den Besitz setze, ist überdieß unerläßlich: l. 4, 22 u. 41, 3. Nicht scharf genug ist daher „violenter possessione amissa" in c. 5 u. pro empt. 7, 26. Zur richtigen Würdigung beider Erfordernisse mußte die genaue Auslegung des „vi possessa" der dieses Vitium normirenden lex Plautia et Julia führen: l. 33, 2 u. 41, 3. In der umgekehrten Reihenfolge stehen die Urheber des Gesetzes bei Gai. 2, 45 und in §. 2 J. u. 2, 6. Als

zwei Gesetze erscheinen sie jedenfalls dem Theophilus ebend.: „ὁ *Ιούλιος καὶ ὁ Πλαύτιος*“, wozu „*νόμος*“ aus dem Vorhergehenden zweifellos zu ergänzen ist. Ueber die lex Plautia oder Plotia — de vi — vgl. Wächter im n. Arch. des Krim.-R.'s 13 (1832) S. 8—25. 217—225 (§§. 10. 17). Das Gesetz fällt sicher vor 690, wahrscheinlich in das Jahr 664 der Stadt. Dasselbe sank durch die lex Julia (Caesaris) de vi dahin. Indem nun die lex Julia (Augusti) de vi das vorzäsarische Recht über Vergewaltigungen zum großen Theile wiederherstellte, mußte sie die lex Plautia in sich aufnehmen und verdauen. Dabei kam, was über die Ersitzung verordnet war, natürlich in den die Privatgewalt betreffenden Theil.

§. 12. Früchte und Akzessionen, beim Diebe gelöst, sind furtiv. Akzession ist das Sklavenkind: Donell 5, 25. Früchte (Donell 5, 26), beim gutgläubigen Besitzer gelöst (l. 48, 2 a. r. d. 41, 1), fallen ihm zu eigen; die Furtivität kann da nicht schaden, wo es keiner Ersitzung bedarf. Akzessionen, beim Diebe entstanden, beim gutgläubigen Besitzer gelöst, sind furtiv: vgl. c. 3 u. pro empt. 7, 26. Der Schlußsatz der l. 48, 5 furt. 47, 2 „Idem ... partu“ ist vielleicht entstanden durch l. 10, 2 u. 41, 3, aus der freilich daselbst verworfenen ehemaligen Meinung Marzell's. Diese Worte ergeben sich schon dadurch als unächtes Glossem, daß in diesem §. nur von Sklaven-, im darauffolgenden §. 6 dagegen von Thier-Jungen die Rede ist, und zwar in einem Gegensatze, welcher die Fragen des §. 5 gradezu und so stark trifft, daß von einem „Idem“ nur für den einen bei uns an die Spitze gestellten Fall die Rede sein kann. A. M. Marezoll in Linde's Zeitschr. 18 S. 221 f. Wir können sagen: Auch das Thierjunge würde ersessen werden können durch den gutgläubigen Besitzer der furtiven Mutter, wäre nicht die Ersitzung überflüssig. Dann paßt die Parallele vollkommen; gegen Marezoll's Mißverständniß der Ulpianischen Rede schützt §. 6, der grade diese einzige Verschiedenheit der Fälle heraushebt. — Widersprechend ist des Paulus' l. 4, 17 u. 41, 3, wenn nicht zu „alius“ aus dem Vorhergehenden ein „servus meus“ zu ergänzen ist; dann würde der §. den §. 16 ib. praeced. genau vervollständigen. Freilich ist dieselbe Ergänzung dann in §. 17 auch zu „Si quis“ nöthig.

Zur Zeit der Lösung der Akzession darf der gutgläubige Sachbesitzer, bei welchem die Akzession entstand, die Furtivität nicht, wohl, falls die Sache nicht furtiv ist (l. 4, 18 u. 41, 3), das Dritteigenthum (l. 44, 2 ib.), kennen (Julian l. 33 pr. ib.), damit die gelöste Sache ersitzbar sei. Vgl. l. 11, 4 Publ. 6, 2: partum (ancillae) me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam (sc. quo tempore partus editus est).

Vereinzelt stehen da die feineren Distinktionen des Pomponius in l. 4 pr. pro suo 41, 10: „Erfährt man im Laufe der Ersitzung den Dritteigenthümer, kann ihn benachrichtigen und unterläßt dieß, so soll man nicht ersitzen können, weil man nun nicht mehr pro suo, sondern clam besitze". Hier ist versucht, der mala fides supervehiens eine Bedeutung zu verleihen. Erst das kanonische Recht hat diesen Gedanken, in andrer Weise, zur gesetzgeberischen That erhoben.

Grade für den Fall der beim gutgläubigen Besitzer entstandenen Akzession ist auch der Satz wahr, den z. B. Skävola und Ulpian in l. 26 v. s. 50, 16 aussprechen „partum non esse partem rei furtivae"; denn vom „Theil" allerdings müßte unter allen Umständen das Recht des Ganzen gelten.

Das Surrogat, da es nicht Eigenthum des Bestohlenen wird, ist nicht furtiv: l. 48, 7 furt. 47, 2.

Der bösgläubige Besitzer begeht ein Furtum durch Perzeption von Früchten und Akzessionen: l. 25, 2 furt. 47, 2.

§. 13. Ein andres vitium ex re ordnete die repetundarum lex Julia Caesaris a. u. 695 an. Alles, was diesem Gesetze entgegen dem Prokonsul, Prätor, Präses (l. 48 pr. a. r. d. 41, 1) geschenkt ist, ist unersitzbar (l. 8 pr. rep. 48, 11) so lange bis es in die Gewalt Dessen, von dem es ausging, oder seines Erben — wie bei allen ex re vitia — zurückkehrt. Ob das Geschäft ein andres Gewand, z. B. eines Kaufes, einer Miethe u. dgl., borgte, ändert Nichts: §. 1 ib.

§. 14. Quod (lex XII tabularum) forum, i. e. (cf. Festus v. forum) vestibulum sepulcri, bustumve usucapi vetat, tuetur jus sepulcrorum: Cic. ll. 2, 24, Dirksen 10, 11. Der ächte Gesetzeswortlaut möchte kaum der gewesen sein: Fori bustive aeterna auctoritas esto. Denn von „auctoritas" kann hier nicht

wohl die Rede sein. Besser ist vielleicht: Fori bustive usus ne esto.

§. 15. Unersitzbar waren ursprünglich die fines agrorum, die finalis quaestio war zugleich unverjährbar. Seit 392 n. Chr. (Theodos, Arkadius, Honorius in c. 6 fin. reg. 3, 39) ist gegen die Gränzrichtungsklage die Verjährungseinrede der längsten Zeit statthaft.[1]) Vorher scheint es zweifelhaft gewesen zu sein, ob nicht schon für longi temporis praescriptio hier anders als für usucapio entschieden werden dürfe und müsse.

Die unersitzbaren fines waren indeß nicht unwandelbar lokal bestimmte Ackertheile:

Paulus l. 2, 6. pro empt. 41, 4: Si fundus emptus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore (ursprünglich: usu) capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes. Vgl. l. 7, 1 ib.

§. 16. Ebenso veraltet bei Justinian ist das Tafelgesetz, daß res mancipi einer von ihren Agnaten bevormundeten Frau nur dann ersitzbar sein sollten, wenn der Eigenthumsvertrag durch die Vormünder bevollwortet war: Gai. 2, 47.

§. 17. Aber der letztre Fall ist bereits ältre Anwendung eines noch lebendigen Grundsatzes: Unveräußerliches ist unersitzbar: Donell 5, 23. Nämlich:

Alle bis daher dargestellten h. z. T. noch anwendbaren ex re vitia sind der res als solcher immanent. Andre, jetzt zu erörternde, würden wir vitia ex dominio nennen, falls die Römer nicht res und dominium identifizirten. In der That heißen auch diese „ex re vitia", obwohl sie ex persona (domini) fließen. Denn bei vitia ex persona denkt der Römer an den Erwerber. — Diese „ex re vitia" unterscheiden sich von der erstren Klasse dadurch, daß sie mit dem Eigenthum des privilegirten Eigenthümers die Sache von selbst verlassen: l. 24, 1 u. 41, 3. Hierher gehört:

1) fiskalisches Eigenthum. Seneka sagt richtig: Negant ICti quidquam usucapi quod publicum est. Vgl. Frontin de con-

1) Bei Harmenopulos finden sich folgende auf Mißverständniß beruhenden Sätze: Ein Miteigenthümer, welcher solidarisch besitzt, kann durch Ersitzung nicht sich schützen gegen die Theilungsklagen. Zieht er alle Früchte, so wird er darüber doch nur zum Theil Eigenthümer.

trov. agr. (Schr. d. r. Feldmesser 1 S. 50): Jurisperiti negant, illud solum quod populi rom. coepit esse, ullo modo usu capi a quoquam mortalium posse. Et est verissimum. Und l. 12 pr. v. s. 50, 16: Ex populari causa ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse. Die Basiliken lesen „pupillari"; ähnliches Mißverständniß tritt hervor in l. 32, 7 rec. qui arbitr. recep. 4, 8; vielleicht das umgekehrte in l. 48 pr. a. r. d. 41, 1 infra cit. — Bona vacantia gehören erst seit der Nunziation hierher: §. 9 J. u. 2, 6;[1]) vgl. Cassiodor. formul. comitivae privatarum, var. 6, 8; t. 1 p. 101: Caduca bona non sinis esse vacantia: ita, quod usurpatio potuit invadere, tu fiscum nostrum facis justis compendiis optinere. — Natürlich durchbricht die Nunziation die begonnene Ersitzung nicht: l. 18 u. 41, 3. In c. 2 comm. de usuc. 7, 30 ist das Kind einer Fiskalsklavin als unersitzbar dargestellt; vermuthlich ist auch hier, analog der res furtiva, nicht an den Fall gedacht, wenn dasselbe beim gutgläubigen Privatbesitzer erst gezeugt sei. —

2) Krongüter, loca ad sacrum dominium pertinentia: c. 15 Th. j. fisci 10, 1 = c. 2 Just. fund. et salt. r. dom. 11, 66 = c. 3 Just. ne rei dom. v. templ. vind. temp. praescr. submov. 7, 38. Res dominicae: rubr. Just. ne r. dom. 7, 38. —

3) Vectigalia praedia (Erbzinsgüter) hinsichtlich der Usukapion: l. 12, 2 Public. 6, 2 vgl. l. 9 u. 41, 3: Usucapionem recipiunt . . . res . . . exceptis rebus civitatum; außer si municipes de damno infecto non caverint: l. 15, 27 d. i. 39, 2. Die l. t. praescriptio jedoch als Ersitzung fand gegen politische Gemeinden statt, nur mit der Zeitfrist unter Abwesenden, da die Gemeinde immer nur vertreten ist durch Geschäftsführer, gegen welche sie natürlich dann auch ihre persönliche Schädenklage wegen der Versäumniß, culpa, erhebt: Paul. R. S. 5, 2 §. 4; c. 1 in. und i. f. praescr. l. t. 7, 33; arg. a contr. c. 2 ne rei dom. 7, 38 vv. „perperam atque contra leges". Im justinianeischen Recht gilt also[2]) Ersitzbarkeit von patrimonium civitatis. —

---

1) Wer sie vier Jahre lang besaß, dem steht die quadriennii praescriptio gegen den Fiskus zu: Harmenopulos II, 1 i. f.

2) Entgegengesetzt entscheidet Bangerow §. 317 Anm. Nr. 4.

4) Das h. z. T. unpraktische Veräußerungsverbot der praedia curialium hat innern Zusammenhang mit dem Zweck der Erhaltung des öffentlichen Einkommens und Vermögens. Vgl. das Edikt des Ostgothenkönigs Athalarich bei Cassiodor var. 9, 2 t. 1 p. 141, und die Instruktion (formula) für den betreffenden Präfekten: id. ib. 7, 47 t. 1 p. 123: Praedia illa non facile distrahi definivit antiquitas, ut ad necessitates publicas melius efficerent, si substantiae juvamina plus haberent. —

5) Immobilien der Kirchen und milden Stiftungen. Novelle 111 Kap. 1 gewährt gegen die Klage der Kirche u. s. w. nur eine longissimi temporis praescriptio von 40 Jahren; daß diese nicht nur in die Stelle der 30jährigen, sondern auch in die der longi t. praescr. trete, zeigt Novelle 131, 6. Daß die 3jährige Mobiliarusukapion, daß die quadriennii praescriptio, auch gegen Kirchen, daß andrerseits aber an Immobilien der römischen Kirche die Verjährung erst in einem Jahrhundert sich vollende, erkennt die aus der beregten Novelle geschöpfte Authentike de eccles. tit. §. pro temporalibus autem zu c. 23 ss. eccl. 1, 2 an. Aber noch Alexander III, 1180 in Campaniam, läßt die 40 Jahre zu, und sagt nur, daß die römische Kirche die 30 Jahre nicht dulde: cap. 4 X praescrr. 2, 26. Indeß ist hier wie in desselben cap. 8 ib. (1172) nur von ecclesia contra ecclesiam die Rede, und drückt der Pabst also sich aus: eine kürzere als die 40jährige Verjährung finde nach römischem Kirchenrechte wegen Kirchengütern nicht statt. — Nach Harmenopulos bedarf es zwischen Bischöfen der 40 Jahre nicht, da der Kirche im Ganzen Nichts abverjährt wird.

6) Sachen Unmündiger, ohne [1]) Vormundsvollwort veräußert. Den Erwerber „nullum temporis longi spatium defendit".

---

1) Lag das Vollwort vor zur Zeit des Verkaufes, so genügt dieß nicht, sondern dasselbe muß ebenso zur Zeit der Uebergabe vorliegen: L. 31 pr. u. 41, 3: Nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest; et ideo Proculus ait, si per errorem (Huschke in Linde's Z. Schr. N. F. II. [1846], 6 Nr. 7: errorē m = errorem modō) initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum (Phrase der Kompilatoren) usucapi non posse: quia juris error est. — Der Rechtsirrthum wäre — nach Huschke — der, daß Erwerber dieses zweite Vollwort für entbehrlich hielte.

Die c. 9 usuc. pro emptore 7, 26 setzt wol keinen bösen Glauben des Empfängers voraus; sonst müßten wir vor „comparavit“ das wohlbekannte „sciens“ erwarten. Freilich ist der Mündel selbst Verkäufer; aber zu Diokletian's Zeit war die Togatracht längst nicht mehr die gemeine, und also auch an einer „praetexta“ toga der Unmündige nicht mehr als solcher sofort erkennbar, ganz abgesehen davon, daß er auch früherhin — vgl. l. 2, 15 pro empt. 41, 4 — durch Anlegen der Mannestoga das Publikum über seine Geschlechtsreife täuschen konnte. — Hat dagegen ein Scheinvormund veräußert, so kann der Empfänger ersitzen: l. 2 eo qui pro tut. 27, 5 (cf. l. 13, 2 Publ. 6, 2). Ebenso, falls irgend ein Dritter, sich als Selbsteigenthümer gerirend, z. B. des Vormunds Erbe, veräußerte; für l. t. praescriptio ist dieß ausgesprochen in c. 1 si quis ign. rem minoris esse 5, 73: aber nur gegen den volljährig Gewordenen kann man sich dieser Präskription bedienen. Wir bemerken, daß im vorjustinianeischen Recht Mündelsachen der usucapio offen standen, der l. t. praescriptio nicht; und behaupten, daß hier wie sonst die Präskriptionsregeln materiell siegten. L. 2 cit. sagt: „Si (falsus tutor) rem pupilli vendidit nec ea usucapta est“. Dieß Nichtersessensein kann im justinianeischen Recht nicht allein noch vorkommen, sondern ist sogar die ausnahmslose Regel. Aber warum strich dann der Kompilator nicht „nec . . . est?“ Weil nach Eintritt der Großjährigkeit noch bei Justinian die Ersitzung zu laufen beginnen kann. Post pubertatem wird bisweilen — z. B. in l. 13 tutelae 27, 3 — und mit Rücksicht auf die vergangene Zeit immer noch von „pupillus“ geredet.

Daß, wer vom Pupillen, ihn für mannbar haltend, erwarb, im klassischen Recht usukapiren konnte, zeigt l. 2, 15 pro emptore 41, 4. Gans, Scholien zum Gaius S. 255 ff. Wie aber steht es um die Rezeption dieser Stelle? Sie sagt nicht, daß die Sache dem Pupillen eigen war. Sie redet von der Gültigkeit des Ersitzungstitels, richtiger von dessen Wirksamkeit durch guten Glauben, was Letztres klar erhellt aus l. 5, 2 auct. et cons. tut. 26, 8, einem die nämliche Tendenz verfolgenden Gesetze. Ebenso zeigen diese Quellenbelege, daß ein Rechtsirrthum den Putativtitel ausschließt. In §. 15 cit. liegt die Emendation nahe „ut hic plus sit in existimatione quam in re“, oder „ut hic

plus quam in re sit in existimatione". Die Vergleichung zwischen §. 15 cit. und c. 9 usuc. pro emptore 7, 26 s. c. hat zu der nicht zu beweisenden Ansicht geführt, daß, die justinianeische Unersitzbarkeit der Mündelgüter anlangend, zwischen Immobilien und Mobilien unterschieden werden müsse: aus dem einzigen Grunde, weil der Sprachgebrauch des Kaisers „usucapio" am Liebsten bei Mobilien, „l. t. praescr." bei Immobilien anwende. Damit wollen wir nicht läugnen, daß, so zu unterscheiden, für eine lex ferenda vielleicht ganz zweckmäßig sei; aber im just. R. kann ohne obervormundschaftliches Dekret i. d. R. auch kein Mobile des Pupillen gültig veräußert werden.

Die Usukapirbarkeit von Mündelsachen ist implicite bewiesen durch l. 4, 24 doli exc. 44, 4, auch wenn wir mit Kujaz obs. 15 cap. 22 — op. omnia Neap. p. 442 bis 444 — auf Grund der Basiliken lesen „nec usucapta sit". Wie die Stelle, ohne Korrektur, in ihrer Rezeption lautet, schützt die Vollendung der Ersitzung nicht gegen die Eigenthumsklage des Mündels; nur wird dem Erwerber, wegen Betrugs seitens des ächten Vormunds, eine Einrede gegeben, eine Einrede welcher nur eine dilatorische Natur und als Inhalt das Interesse aus dem Kaufgeschäft beizulegen ist; der Ersatz seitens des Vormundes an den Mündel ist selbstverständlich. Dieß gilt auch bei persönlichen Kuratoren: §. 25 ib. Falls der Vormund, veräußernd, ein Furtum beging, kann selbstredend nicht ersessen werden. — Wer noch h. z. T. eine Ersitzbarkeit von Mündelgut behauptet, muß jedenfalls ein, für den Erwerber mindestens putatives,[1]) obervormundschaftliches Dekret fordern; cf. l. 13, 2 Publ. 6, 2 vv. „lege non prohibente". —

---

1) Hufnagel Mittheill. aus der Prax. der würtemb. Civ.-Gerichte, Neue Folge (1848) Nr. 26 a. E.: Die Beklagten hatten vom Pfleger des Klägers erworben. Es war nicht ihre Sorge, das Dekret zu erwirken. Wurde ihnen nun eröffnet, daß die Obrigkeit den Vertrag genehmigt habe, so konnten sie sich füglich dem Glauben überlassen, daß dieß durch die zuständige Behörde und formell richtig geschehen sei; sowie sie auch das Vorhandensein der rechtlichen Voraussetzungen des Dekrets selbst dann nicht anzuzweifeln brauchen, wenn aus den Entscheidungsgründen dessen Unrechtmäßigkeit einem Rechtsgelehrten unzweifelhaft sein würde: vgl. Helmstädter Fakultät 1718 bei Leyser spec. 455 med. 6: Qui auctoritati magistratus fisus in jure errat, in bona fide est.

7) Ein Unterschied zwischen der Behandlung des vorigen Falles und der Unersitzbarkeit von Sachen mündiger Minderjähriger läßt sich nicht streng nachweisen. Die l. t. praescr. ruht während der Minderjährigkeit des Eigenthümers: c. 3. q. non obj. l. t. pr. 7, 35. (Diokletian und Maximian 290.) (c. 4 si quis ign. rem min. esse sine decreto comp. 5, 73). Dieses Gesetz ist von Justinian aufgenommen, damit man die Fälle der unten zu betrachtenden c. 5 in q. c. i. i. r. nec. non est 2, 41 bestimmen könne; auch wegen der damaligen Zeit für Ersitzungen die nach diesem ältren Recht sich bereits gegen Unmündige vollendet hatten. Beweis ist die Kürze des Titels und des Gesetzes. Die Beibehaltung der die Usukapion gewährenden Pandektenstellen betreffend, so hatte man schon ein Jahr lang an den Pandekten gearbeitet, als Justinian die c. 5 erließ. Zu diesen Stellen gehört auch l. 45 pr. min. 4, 4: Callistratus libro 1. ed. monitorii: Etiam ei, qui, priusquam nasceretur, usucaptum amisit, restituendam actionem Labeo scribit. Diese Stelle war auch wegen des nasciturus rezipirbar.

Die Usukapion ruhte nicht, aber gegen ihre dem Minderjährigen nachtheilige Wirkung schützte die bekannte In Integrum Restitution wegen minderjährigen Alters: c. un. si adv. usuc. 2, 36. Man vergleiche l. 2, 8 pro empt. 41, 4: Paulus ad ed.: Tutor ex pupilli auctione rem, quam ejus putabat esse, emit. Servius: posse eum usucapere. Vorausgesetzt, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emptorem. Et (tutor), si minoris emerit, tutelae judicio tenebitur, ac si alii minoris addixisset; so Trajan. — Es ist aus der Subsidiarität der Restitution verbunden mit der Angreifbarkeit und regelmäßigen Solvenz der vormundschaftlichen Kaution zu denken, daß die Rescission der Ersitzung nur selten hierdurch erwirkt wurde.[1])

1) Leider nimmt das justinianeische Recht hierauf keine Rücksicht mehr. Anders das östr. G. B. §. 1494: Gegen solche Personen, welche aus Mangel ihrer Geisteskräfte ihre Rechte selbst zu verwalten unfähig sind, wie gegen Pupillen, Wahn- oder Blödsinnige, kann, dafern ihnen keine gesetzlichen Vertreter bestellt sind, die Ersitzungszeit nicht anfangen. Die angefangene läuft zwar fort, kann aber nie früher als binnen zwei Jahren nach

In l. 48 pr. a. r. d. 41, 1 hat Paulus ſtatt „longo tempore“ urſprünglich zuverläſſig „usu“ capi geſchrieben. Demnach iſt für „pupilli“ „populi“ mit den Baſiliken zu leſen; vgl., da die Tutel publici juris iſt, das Ciceronianiſche „de tutela legitima, in qua est puella, nihil posse usucapi“. Alſo dient die Stelle Denjenigen nicht, welche die Unuſukapirbarkeit aller oder doch unbeweglicher Mündelſachen behaupten. Ebenſowenig läßt ſich ein Beweis der Art entnehmen aus Paulus l. 10 pr. quemadm. s. am. 8, 6: Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego (wegen der ideellen Untheilbarkeit) viam retineo. Vgl. Kujaz obs. 24 cap. 14 (Neap. 3 p. 698). Denn zum Untergang der Ruſtikalſervitut bedarf es keiner jenſeitigen Freiheitsuſukapion. Vielmehr beruht der Untergang durch Nichtgebrauch auf dem Erwachſen der longi temporis praescriptio, und ſie gerade war gegen Pupillen unwirkſam.

Durch Juſtinian's c. 5 in q. c. i. i. r. nec. non est 2, 41 tritt die Uſukapion hinſichtlich unſrer Frage unter die Geſetze der l. t. praescriptio: Arndts in Linde's Zeitſchr. 20, 11, dagegen Vangerow §. 317 Anm. Nr. 5. Der Kaiſer ſagt:

Humanius est, in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso jure non currere.

Die Verordnung ging aus von der querela non numeratae pecuniae; die Minderjährigkeitszeit ſolle dabei außer Anſchlag bleiben. So wird alſo eine ganz ſinguläre Einrichtung begünſtigt. Um wie viel mehr bedeutet die verallgemeinernde Klauſel, daß der gleiche Schutz den Minderjährigen dann zu Theil werden muß, wenn ſie ſonſt einen ganz evidenten Vermögensnachtheil erleiden, Dritte aber gleichzeitig nur einen Gewinn machen, nicht einen Schaden vermeiden würden. Bei alledem iſt die „Uſukapion“ keine

---

den gehobnen Hinderniſſen vollendet werden. Vgl. §. 1495: Auch zwiſchen Ehegatten, dann zwiſchen Kindern oder Pflegbefohlnen, und ihren Eltern oder Vormündern kann, ſo lange die Verbindung oder Gewalt dauert, die Erſitzung weder angefangen noch fortgeſetzt werden.

Präskription, und steht auch sicher der Klagenverjährung nicht so nahe wie die l. t. praescriptio, obwohl dieß nicht allgemein zugegeben wird. Indessen, da das Gesetz in seinem weitern Verlaufe die longissimi temporis praescriptiones ausnimmt, da die longi t. praescriptio schon bisher dem Minderjährigen ruhte: so kann die Neuerung füglich nur auf die Usukapion sich beziehen. Es käme also darauf an, zu zeigen, daß „praescriptio" in der Kaiserzeit, seit Konstantin etwa, die Usukapion sprachlich mitumfassen könne. Vielleicht hat das Wort diese weitre Bedeutung in c. 1 bon. mat. 6, 60 und in c. 4 bon. quae lib. 6, 61; beide Stellen versagen „alle und jede Präskription." Gradezu und mit Sicherheit berufen wir uns aber auf die justinianeische c. 30 j. dot. 5, 12: Omnis temporalis exceptio, sive perusucapionem inducta, sive per 10 sive per 20 annorum curricula, sive per 30 vel 40 annorum metas, sive ex alio quocunque tempore majore vel minore introducta ...

Exceptio: im Sinne der Beweislast. — Der Grund der c. 5 s. c. paßt auch auf Usukapion. Aber c. 5 ist korrektorisch, also nicht über ihren erweislichen Sinn hinaus anzuwenden? Der Sinn jedoch liegt im Wort; „praescriptio" bedeutet in dieser Zeit jede Verjährungseinrede; das allgemein redende Gesetz muß überall gelten. —

8) Sachen Abwesender unterliegen der l. t. praescriptio nicht: c. 4 q. non obj. l. t. praescr. 7, 35. „Praescriptionem nequaquam valere" ging ursprünglich wol ebenfalls nur auf In Integrum Restituirbarkeit. „Abwesende" sind hier natürlich im Sinne der gerichtlichen Defensionsunfähigkeit (vgl. c. 2 ib.), nicht in dem Sinne zu verstehen, in welchem z. B. die l. t. praescriptio inter „absentes" erst in 20 Jahren sich vollendet. —

9) Sachen von solchen Soldaten, welche auf der Expedition sich befinden, unterliegen keiner l. t. praescriptio. Diese Präskription hat die ursprüngliche Natur einer Klagenverjährungseinrede. Grade die Klagenverjährung ruht: c. 1 ib. c. 8 ib. = c. 8 restitutionibus militum et eorum qui rei publ. c. **absunt** 2, 51. Das Ruhen bezieht sich bei Absenz und Militia nicht auf die longissimi t. praescriptio: c. 3, 1 praescr. 30 ann. 7, 39. Die 30 Jahre schließen auch die Restitution aus. Genau das nämliche

Rechtsverhältniß waltet ob hinsichtlich der mit postliminii jus heimgekehrten Kriegsgefangenen: c. 6 q. non obj. l. t. praescr. 7, 35. Von der Restitution zum Ruhen ist nur ein Schritt. An sich etwas Inkonsequentes, läßt sich das Ruhen grade nur mittelst bewirkter Restitution erklären: c. 7 ib. —

10) Unveräußerliches: arg. l. 12, 4 Publ. 6, 2. Z. B. lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertinet etiam ad (eam, quae per longum tempus fit) adquisitionem: l. 16 f. dot. 23, 5; jedoch, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, vicinus jussus sit possidere, dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria: l. 1 pr. ib. — Vermächtnisse: c. 3, 3 comm. de leg. 6, 43 vv. „ut nec usucapio nec l. t. praescriptio contra legatarium proceedat“ und „vindicare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo“. — Res litigiosae, falls der Kläger den Prozeß nicht fallen ließ: arg. c. 1 praescr. l. t. 7, 33. — Es ist selbstredend, daß die Unersitzbarkeit hier nur aus solchen Veräußerungen statthat, welche erst nach Eintritt der Unveräußerlichkeit vollzogen werden. Z. B. l. 13 fam. herc. 10, 2. l. 16 f. dot. 23, 5. — Ob die bona materna unersitzbar seien seitens des vom Hausvater Erwerbenden, kann aus Konstantin's c. 1 bon. mat. 6, 60 nicht unbedingt behauptet werden. Es ist allerdings dem Vater die Veräußerung verboten, aber nur weil ihm in demselben Gesetze das Eigenthum entzogen ist. Man soll nicht wissend ihm solche Sachen abkaufen. Dabei aber steht: „auch nicht unwissend“, und dieß ist so erklärt, der Hausvater müsse dem Erwerber zeigen, daß die Sachen ihm, nicht seinen Kindern, gehörten. Dieß also muß sich der Käufer zeigen lassen, oder aber, um sicher zu gehen, einen Bürgen annehmen, „denn er kann keine Präskription den Kindern entgegensetzen, falls diese irgend einmal ihr Eigenthum reklamiren“. Ich möchte nun allerdings auch die usucapio unter diese „Präskription“ stellen; aber es bleibt möglich, daß der Vater dem Käufer bewies, die Sachen seien sein, und daß der Beweis selbst ein trügender war, z. B. durch falsche Zeugenaussagen, oder indem die Sache früher dem Vater, später der Mutter gehört hatte. Da aber immer dem Käufer die Bürgenannahme offensteht, da ferner das Gesetz einerseits das „vel ignorans“ unbeschränkt hinstellt, andrerseits ebenso schrankenlos die

Zulässigkeit der Präskription verneint: so scheint die unbedingte Ausschließung der Ersitzung dennoch der wahre Inhalt des Gesetzes zu sein. Demnach ist für die bona materni generis gradeso zu entscheiden: c. 2 ib. vv. „vendere sicut nec materna bona non possit.“ Das Nämliche gilt für die lucra nuptialia der Vorkinder: c. 4 bon. quae lib. 6, 61 vv. „parentibus alienandi licentiam denegamus, non prohibendis liberis, quandocunque sui juris fuerint, nulla temporali praescriptione obsistente, easdem res vindicare“. In all diesen Fällen der Adventizien ruht aber nur die Ersitzbarkeit, so lange die Eigenthümer, als Hauskinder, nicht vindiziren können oder hernach noch unmündig sind — Nov. 22, 24 — und aus diesem aus der Klagenverjährung auf die kaiserrechtliche Ersitzung übertragenen (c. 1, 2 ann. exc. It. contr. 7, 40) Grunde. Vgl. den Schluß der c. 4 s. c.: „nisi forte, postquam potestate parentum eos contigerit liberari, tantum temporis effluxerit, ut ex continua et inconcussa tenentis possessione eorum intentio excludatur.“ Ebenso erwächst dem Besitzer des durch den Ehemann veräußerten Dotalgrundstücks gegen die Ehefrau erst seitdem diese klagen kann irgend welche Präskription: c. 30 j. dot. 5, 12. Für die lucra nuptialia scheint die Novelle selbst nachher nur außerordentliche Ersitzung zuzulassen: „Die Kinder sind von der Vindikation erst dann ausgeschlossen, wenn 30 Jahre (Klagenverjährung) vorüber sind und („so“? oder: „wenn“?) der Besitz die Empfänger zu Eigenthümern gemacht hat. Diese Zeit beginnt zu laufen ꝛc.“ Also auf die Zeit wird sofort rekurrirt, und ging folglich nur ein Gedanke vorher. Für die Ausdehnung auf alle Adventizien erklärt sich Arndts Pand. §. 162 Anm. 4 c. — Die Unersitzbarkeit ist Surrogat der mangelnden elterlichen Kautionspflicht: Justinian. c. 6, 2 b. quae lib. 6, 61: „Non autem hypothecam filii familias adversus res patris viventis adhuc seu jam mortui sperare audeant, nec ratiocinia ei super administratione inferre, sed tantummodo alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata, rerum habeat parens plenissimam potestatem, uti fruique his rebus, quae per filios fam. secundum praedictum modum acquiruntur.“ Vgl. rubr. nov. 61. Von der Rechnungsstellung, Kaution und allen sonstigen Pflichten eines Nutznießers entbindet nämlich den Parens die ihm geschuldete kind-

liche Ehrfurcht: c. 8, 4 tit. cit. cf. c. 7, 4 praescr. 30 ann. 7, 39.

§. 18. Die vitia ex persona führen uns zu dem „Wesen von bona fides und titulus in der röm. Usukapionslehre" (Habilitationsschrift von Stintzing Heidelberg 1852. Dazu: von Scheurl „Zur Usukapionslehre", in dessen Beiträgen 2, 15 Erlangen 1854).

Der Glaube, rechtlich nicht usukapiren zu können, hindert, auch wenn er ein Irrthum ist, die Usukapion. Dieß ist von zwei Gesichtspunkten aus zu beweisen (kopulativ: Schirmer in Linde's Zeitschrift N. F. 15 S. 242 Anm.), entweder aus dem Mangel des guten Glaubens, oder daraus daß Rechtsirrthum die Ersitzung ausschließt: l. 32, 1 u. 41, 3. (Diese Stelle, wie den ganzen Pomponius in unsrer Lehre, muß Stintzing S. 85 verwerfen.) Vor der oratio Severi konnte daher das unter Ehegatten Geschenkte durch den Beschenkten nicht ersessen werden;[1]) denn, war es selbst Sache eines Dritten, so mußte doch der Beschenkte es für die Sache seines Ehegatten halten, um in gutem Glauben zu sein; damit glaubte er aber an die rechtliche Nichtigkeit des Titels, oder befand sich wenigstens in Rechtsunkenntniß. Seit der oratio aber ist dieser Schenkungstitel nicht mehr „nichtig", sondern wird kräftig durch den frühern Tod des nichtwiderrufenden Schenkers bei fortdauernder Ehe; bei Ehescheidung bedurfte es einer Wiederholung der Schenkung: l. 1, 2 pro don. 61, 6. — Nun entstand die Frage, ob, falls die Sache Dritteigenthum ist, die Ersitzung sofort mit Vollziehung des Geschenks beginnen könne. Die Antwort in l. 25 don. i. v. et u. 24, 1 lautet bejahend, denn der Schenker, welcher Fremdes verschenkt, werde nicht ärmer, also liege keine „Schenkung" in Wahrheit vor, und falle das Geschäft somit nicht unter die Nichtigkeitserklärung des positiven Rechts. Dieser Grund beweist zu viel, er beweist mit für die Zeit vor der oratio; er läßt den vorhandnen Glauben, rechtlich nicht ersitzen zu können, außer Betracht. Dagegen die Sanktion der l. 25 cit. ist richtig: l. 3 pro don. 41, 6. Dadurch entirt ein Widerspruch gegen die l. 32, 1 s. c., wenn wir nicht die letztre auf vermeintliches

1) Mevius 5 decis. 393: Aus nichtigem Geschäft geht Besitz über, nicht aber die aus dem Besitz sonst fließenden Rechte.

ex re vitium beschränken: arg. vv. „id quod non putat rell.“ und princ. ib. vv. „rem furtivam“. Nun ergiebt sich hieraus ein starker Beweis, daß bona fides nicht die Redlichkeit des animus domini sein könne: Schirmer S. 232 ff. Es reicht vielmehr bei dem vorliegenden (Derivativ-) Geschäfte der Glaube an das Eigenthum des Auktor aus. Auch ist der Titel keineswegs nichtig, wie wir zeigten. Wäre die bona fides die Redlichkeit des animus domini, so wäre es freilich unbegreiflich, daß sie beim Kaufe erfordert wird, sollte selbst die Uebergabe der Waare später erfolgen: Stintzing S. 61 ff. Gleichwohl hält Böcking §. 146 e Note vgl. §. 123 z an der ältren Meinung fest. — Weitre Resultate sind:

Ist hinsichtlich der rechtlichen Möglichkeit des Veräußerungsgeschäftes (Derivativtitels), besonders aus dem Grunde dieses Geschäfts, der Erwerber im Irrthum von dessen Unmöglichkeit befangen, so ist plus in re quam in existimatione. Dagegen die irrthümliche Annahme, die Sache sei unersitzbar, hindert die Ersitzung. Uebrigens ist dieser Glaube bei dem Urfall, bei angenommener Furtivität nämlich, auch in der That schon mala fides. Vgl. daher die Worte der l. 32, 1 s. c. „vel quia non bona fide videatur possidere.“

Anders versucht Savigny System 3 Beilage 8 Nr. 15 S. 371 a die Stellen in Einklang zu bringen: „(Das auf Irrthum beruhende unredliche Bewußtsein) hindert (die Usukapion), wenn es auf einem Rechtsirrthum beruht (l. 32, 1 cit.), aber nicht im Falle des faktischen Irrthums (die beiden andern Stellen)“. Offenbar jedoch ist es ein Rechtsirrthum, falls der beschenkte Ehegatte glauben würde, Eigenthum empfangen zu haben. Daß aus Schenkung unter Ehegatten keine Ersitzung folge, sagt denn auch l. 1, 2 pro don. 41, 6 ausdrücklich; hier gehörte die Sache dem Schenker, denn sonst wäre es keine Schenkung. Daß bei Wiederholung der „Schenkung“ nach der Ehescheidung noch von jetzt beginnender Ersitzung, statt von sofortigem Eigenthumsübergange, die Rede ist, kann nur von tradirter Manzipi Res verstanden werden: Savigny 4 §. 156 Note e S. 113. Wenn aber derselbe Schriftsteller a. O. in l. 24 don. i. v. et u. 24, 1 „quod fuerit vitium“ = „si quod rell.“ versteht, so ist vielmehr das vi-

tium ein ganz bestimmtes, nämlich die zur Zeit der „Schenkung“ existente Ehe.

Zeigen wir nun an l. 3 pro don. 41, 6 das Vorhandensein aller Ersitzungserfordernisse:

1) Besitz geht unter Ehegatten trotz des Schenkungstitels über: l. 1, 2 cit. Thatsachen werden durch Rechtsverbot nicht ungeschehen: l. 1, 4 a. p. 41, 2. —

2) Guter Glaube, hier: daß der Schenker Eigenthümer sei, liegt vor. —

3) Der Titel ist nicht nichtig, denn, da die Sache einem Dritten gehört, so fehlt dem Schenkungsbegriff ein Wesentliches. Zwar glaubt der Beschenkte nicht, oder darf nicht glauben, daß er Eigenthümer werde: aber es ist insoweit „plus in re“, als er gleichwohl durch Ersitzung Eigenthümer werden kann. Nur im Erforderniß der richtig verstandnen bona fides, welche nicht zum unmittelbaren Eigenthumserwerb, wohl zur Eigenthumsersitzung verlangt wird, kann der Satz „plus in re rell.“ unmöglich gelten: denn b. f. ist grade nur ein subjektives Moment, also durch subjektiv Entgegenstehendes hinlänglich entkräftet. Hält also der Erwerber die Sache fälschlich für gestohlen, so kann er, falls sein Vormann Nichteigenthümer ist, nicht ersitzen, denn sein Irrthum hat soviel Wahrheit, daß Jener Nichteigenthümer sei; falls Jener jedoch Eigenthümer ist, so erwirbt der Andre Eigenthum.

Wo aber einmal b. f. Erforderniß unmittelbaren Eigenthumserwerbs ist, wie beim Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers der Hauptsache mittelst Separation, wo also weder „auctoritas“ relevirt noch überhaupt von ersitzungsmäßiger bona fides die Rede ist, ja gar keine Besitznahme der Frucht in Betracht kommt: da leuchtet es ein, daß der Begriff dieser b. f. nur im redlichen animus domini gefunden werden konnte. Vgl. l. 19 pr. don. i. v. et u. 24, 1. Bonae fidei possessor in diesem Sinne ist der beschenkte Ehegatte nicht, vielmehr besitzt er wissend fremdes Gut. Daß er die Industrialfrüchte trotzdem erwirbt, beruht allerdings auf der Kultur durch Selbstkosten und mit der Ermächtigung des Schenkers, also z. Th. auf b. f. im Ersitzungssinne.

Stintzing S. 10 vermuthet, zur Zwölftafelzeit hätten b. f. und titulus noch keine Ersitzungserfordernisse bedeutet. Das alte

Zivilrecht kennt allerdings keinen dolus; die Tafel redet nur von usus auctoritas. Vielleicht also mag die Hypothese richtig sein. Dagegen ganz unglaublich scheint uns Stintzing's andre Aufstellung, das Gesetz, welches wahrscheinlich lautete „Quod subruptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto", habe nur dem Fur selbst die Ersitzung abgeschnitten. Das Gegentheil sagt Gaius 2, 49. Zwar, wenn ein Gesetz ausspricht „Gestohlene Sachen sind unersitzbar", so gehört immerhin ein ganz klein wenig juristische Bildung dazu, auf Grund dieses Textes auch den vom Diebe gutgläubig Kaufenden von der Ersitzung auszuschließen, daher Gaius dieß den Anfängern erklärt; aber dem Gesetzgeber und dem ältesten Rechtsgelehrten konnte der Sinn nicht zweifelhaft sein. Mit Recht legt daher Stintzing S. 11 auf diese seine Vermuthung selbst kein großes Gewicht.

Die „auctoritas" ist die Quelle für bona fides und titulus.

Aber das alte Zivilrecht kennt den Titel noch nicht? Stintzing §. 5. Jedoch schon in den ältesten Judizien über Eigenthum mußte es von entschiedenem Gewicht sein, zu zeigen, wie und von wem man erworben habe. Schon sehr früh kann nicht alles Privateigenthum, am Wenigsten das rechtsstreitige, auf staatlichem Zuspruch beruht haben. Gleichzeitig aber trat die objektive Schwierigkeit des Beweises ein, daß man Eigenthümer sei; man zeigte, daß man wohlerworbnen Eigenthumsbesitz legale Zeit hindurch ausgeübt habe.

Die usu in manum conventio ist zu der Ersitzung der tradirten Manzipi Res zu stellen. Wäre die bona fides der Glaube, Eigenthümer zu sein, so wäre die letztre Ersitzung irregulär. Ebenso irregulär wären die Usurezeptionen: bleibt die Sache im Besitze des fiduciae dans, so ist gleichwohl der accipiens Eigenthümer; Jener ersitzt unter (negativer) auctoritas des Fiduziars. Da wo die Sache verpfändet war, begann die Autorität erst nach Tilgung der Pfandschuld. Zur pro herede usucapio ist keine Autorität nöthig, da dem Besitze (usus) nach die Sachen res „nullius", nämlich eines Verstorbenen, sind; dagegen ihr Eigenthümer ist der Erbe, daher dieser die Ersitzung durchbrechen kann.

Stintzing's Beweise, daß die Usukapion keine andre Schranke gehabt habe als die in der „Tafelbestimmung, daß der Fur nicht

ersitzen könne," enthaltne (Seite 11 ff.), sind natürlich mißlungen. So

1) für die Usurezeptionen. Scheurl S. 44 f. bemerkt richtig, daß dieselben sich nicht beschränken auf den Fall, daß der Fiduziant gegenüber dem Fiduziar sofort den Besitz behielt. Gesetzt aber, er behielt ihn, so erwächst gegen Stintzing's Annahme, für die Pfand-Fiduzia, der Einwurf, wie es komme daß die Ersitzung erst nach Tilgung der Hauptschuld beginne, während der Fiduziant doch schon vorher kein Furtum beging. Stintzing meint, bis dahin besitze Fiduziant für den Fiduziar. Aber zugestandner Maaßen überträgt doch die Manzipation keine „possessio". Wird also Fiduziar nicht Besitzer, so bleibt der Besitz im vollkommnen Sinne beim Fiduzianten, ipsius nomine, da das materielle Geschäft keine Veräußerung, sondern nur eine Verbürgung der Sache bezweckte. Der Fiduziar hatte Eigenthum ex jure Quiritium, aber ist es denn unerhört daß diesem gegenüber ein Dritter wissend ersitze? Wie der Traditionsempfänger der Manzipi Res späterhin exceptionem und replicationem doli (rei venditae et traditae), so hatte der Fiduziant eine bonae fidei (fiduciae) actio, keine condictio: Scheurl S. 39; das klassische Recht würde, bei vermögensrechtlicher Veräußerung zu bestimmtem Zwecke, causā finitā nur eine condictio kennen. Es leuchtet ein, daß seit Tilgung der Pfandschuld die Redlichkeit des Fiduzianten (bona fides) als Besitzers zum Rückerwerb durch Ersitzung führte. Ebenso war bei der Prädiatur die fiduciaria mancipatio Anwendung der Eigenthumsübertragungsform zu drittem Zweck. Um so leichter blieb dem Fiduzianten der Besitz, ja, nach Beendigung des Zweckes, das Recht, den Besitz selbst gegenüber dem Fiduziar zu behaupten; die exceptio fiduciae ist der exc. rei vend. et trad. innerlich gleichartig. Denn das allein noch fehlende nudum ex jure Quiritium war durch Ersitzung zu gewinnen. — Ja, selbst lukrativ, d. h. aber doch so daß die Prinzipalschuld bestehen blieb (Scheurl S. 40), nämlich vor Tilgung der Schuld, erfaß der Fiduziant, wenn er nicht wegen des Besitzes in Prekario- oder Mieth-Verhältniß zum Gläubiger getreten war, d. h. seine „civilis possessio" übergeben hatte. Nur indem wir den Fortbestand der Hauptforderung annehmen, liegt in solchem schuldnerischem Besitze und Ersitzung kein

vermögensrechtliches „lucrum", kein Furtum; freilich gefährdet den Gläubiger spätres Zahlungsunvermögen seines Schuldners praktisch. — Die einfachste Anwendung der Usurezeption ist die, daß nach erfülltem Zwecke der Fiduziar, statt zu remanzipiren, retradirt, oder auch der Fiduziant ohne Gewalt okkupirt. Geschah Letztres bei schwebendem Zwecke, so schützte den Fiduziar ja die Eigenthumsklage gegen die Vollendung der „lucrativa" usuc.; nur bei fid. cum amico contracta kann davon natürlich nicht die Rede sein. —

2) für die pro herede usucapio. Das alte Recht erkennt die Befugniß jedes Bürgers an, so lange der berufne Erbe nicht kraft seines Vorrechts einschreite, den Verstorbnen zu vertreten, gegenüber den Göttern und den Gläubigern, dafür aber auch mit der Fähigkeit, das Vermögen zu ersitzen. Diese erlaubte, redliche, ja gemeinnützige Bemühung des Okkupanten der Erbschaft kann unmöglich ein Furtum bedeuten; überdieß setzt Furtum einen „Besitzer" voraus, und die res hereditariae sind nullius in bonis. Die her. aditio giebt dem Erben nur das ex jure Quiritium. Den sui heredes ist die „Erbschaft" nicht abzuersitzen, denn sie existirt in diesem Falle nicht. Bei necessarii nec sui verhielt sich dieß, da sie nicht „geborene Erben" waren, entgegengesetzt, obwohl zu andren Zwecken die Jurisprudenz hier die Erbschaft wegfingirte, hauptsächlich damit Jene gezwungne Erben, des Antrittes unbedürftig aber auch der Ausschlagung unfähig, seien. Sind Erbschaftssachen bei Defentoren, abgeleiteten Besitzern, Legataren: so zessirt jenes gemeinbürgerliche Recht, denn ihrer braucht sich Niemand anzunehmen. —

3) für den Satz „mala fides superveniens non nocet." Bona fides ist gemeines Erforderniß der Ersitzung eben nur für den Zeitpunkt des Sacherwerbes. So muß entsprechend b. f. zum Fruchterwerbe zur Zeit der Lösung der Frucht vorliegen. B. f. ist subjektiv: der Ersitzende vermeint regelmäßig, schon jetzt den Sacherwerb zu machen, während er in der That die Ersitzungslage erwirbt. Die b. f. braucht darum nicht fortzudauern, weil die Zeit nicht sowohl ihn „erwerben" macht, als vielmehr dem Eigenthümer gegönnt ist, jenen Erwerb gerichtlich zu läugnen. So reden

die Quellen über die „Zeit", nicht, wie Stintzing, „die Zeit sei das rechtserzeugende Element."

Stintzing S. 46 ff. behauptet, der „Titel" sei mit der Anerkennung des bonitarischen Eigenthums entstanden und durch die Ausbildung der publizianischen Klage entwickelt worden. Wir finden den Titel, freilich in engem Raume, schon in der „Auktorität". Das glauben wir auch, daß das Klagrecht des titulirten unvollendet Ersitzenden ein Schritt, nicht des ältesten Rechts, sondern der praktische Sinn jener „Anerkennung" war. Auch, da der Besitzverlust die Ersitzungslage durchbricht, bietet jenes Klagrecht einen Ersatz des unwiederbringlich Verlorenen.

Unter dem Titel versteht man die zur Ersitzung befähigende rechtsgeschäftliche Bedeutung des Besitzerwerbes für den Erwerber. Er fehlt also z. B. im concil. Aurel. I (ann. 507) cap. 25 — concil. gen. et provinc. ed. Binius t. 2 Col. 1606 p. 311 —: Si episcopus humanitatis intuitu vineolas vel terrulas clericis vel monachis praestiterit excolendas vel pro tempore tenendas rell. — Vgl. z. B. den titulus pro dote und die Ausdrucksweise für denselben in l. 1 pr. pro dote 41, 9. In diesem Sinne muß der tit. ein „justus" sein: c. 24 r. v. 3, 32. Falls der Titel objektiv vorhanden, z. B. die aufschiebende Bedingung ohne Wissen des bereits besitzenden Käufers erfolgt ist, so ist die Frage schwer zu lösen, ob der Erwerber dieß behufs Eintrittes der Ersitzungslage erst erfahren müsse. Sabinus meinte, es sei plus in re. Paulus dagegen: Jener glaube ja noch gar nicht für sich gekauft zu haben. Also wird er nicht schon ersitzen, falls er nicht etwa den Kauf für von vornherein unbedingt, oder sich für aus irgend anderem Titel ersitzend hielt. Dieß ist der eine mögliche Sinn der l. 2, 2 pro empt. 41, 4. Oder: Paulus billigt Sabin's Entscheidung, glaubt aber nicht, daß sie so einfach und aus gleichen Voraussetzungen fließend sei wie die nämliche für den Fall, daß der Käufer die Sache irrig für Dritteigenthum hält, denn hier habe er doch „die Affektion eines Käufers". Wir ziehen diese Erklärung darum vor, weil auch auf die Schlußfrage, „ob, falls die vom Verstorbenen gekaufte Waare dem Erben übergeben wird, welcher, um den Kauf nicht wissend, einen beliebigen andern Titel denkt, Ersitzung stattfinde", die Bejahung zweifellos ist; weil

ferner der Titel wirklich vorhanden, und das subjektive Moment, bona fides, Glaube an das Eigenthum des Auktor's, durch die konkreten Voraussetzungen nicht beeinträchtigt ist. Aber er besitzt nicht wie ein Eigenthümer, bevor er den Erfolg der Bedingung erfuhr? Grade hier hilft die Wirklichkeit des Titels, und stellt der Titel sich als ächte Eigenschaft des Besitzes dergestalt heraus, daß er ihn zum Usukapionsbesitz objektivirt.

Gegensatz zum titulus ist obtentus — vgl. z. B. c. 4 u. pro her. 7, 29 —, d. i. Erdichtung, Vorwand, unerweisliche gerichtliche Behauptung eines Titel's, jede zur Titelrechtfertigung nicht ausreichende Allegation. Vielfach wird die Vindikation unterbleiben, weil der Eigenthümer, sein Recht nicht kennend, glaubt, der jetzige Besitzer sei Eigenthümer, ihm einen bestimmten Titel fälschlich zuschreibt während Jener vielleicht gar keinen Titel hat; der Gegensatz ist „verus“ titulus in c. 5 praescr. l. t. 7, 33.

Guter Glaube ist uns ein ausnahmsloses und selbständiges Erforderniß der Ersitzung, während er, als Ueberzeugung, man sei Eigenthümer, mißverstanden, nur die Mangelhaftigkeit des Titels unschädlich machen soll, nur die Entschuldbarkeit des „putare“ im s. g. Putativtitel bedeuten würde. Von Putativtitel reden die Neuern auf Seiten des Besitzers, im Gegensatz zu verus tit.; der römische Sprachgebrauch dagegen stellt als Gegensätze hin: den verus tit. und den Irrthum des nichtbesitzenden Sachherrn, der Besitzer habe den Titel für sich, er habe das Eigenthum erworben. Dadurch bestreiten wir nicht, daß der s. g. Putativtitel als Minimum des Titelerfordernisses ausreiche; nur bleibt die bona fides davon unabhängig. Beschenkt das Hauskind, welches sich für gewaltfrei hält, die Frau seines Gewalthabers, so kann dieselbe ersitzen (Titel) (l. 44 don. i. v. et u. 24, 1); aber dadurch ist das (im Anfange der Stelle hervorgehobene) „ignoranti (matri) donaverit“ nicht ersetzt, d. h. die Mutter muß glauben, daß er Eigenthümer (bona fides), folgeweise, da nur ein Hausvater Eigenthum haben kann, daß er Hausvater sei.

Auf den richtig verstandenen s. g. Putativtitel beziehe ich die l. 4 j. et f. ign. 22, 6 des Pomponius: „Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse (zum Ersatz des s. g. verus tit.), facti vero ignorantiam prodesse constat“. Kaufe ich z. B.

von einem Unmündigen, und beide Partheien erachten es für genügend, daß der Vormund vorher oder nachher, statt zur Perfektionszeit, bevollworte: so kann ich die empfangene Waare so wenig ersitzen falls ein Dritter Eigenthümer ist, als ich sie unmittelbar erwerbe falls der Unmündige selbst Eigenthümer ist: Paulus l. 31 pr. u. 41, 3. Die Verzeihung des Rechtsirrthums Minderjähriger selbst da wo es sich um „Gewinn" handelt, bezieht sich nicht auf Erleichterung im s. g. Putativtitel, sondern nur auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Arg.: „subveniri" in c. 11 j. et f. igh. 1, 18, „succurratur" in l. 7, 6 min. 4, 4. Der Hauptbeweis liegt darin, daß das minderjährige Alter nicht schlimmer daran sein soll, als das volljährige: dazu die beneficia minorum; wäre aber der Minderjährige volljährig, so würde im besten Falle er den Irrthum vermeiden, nie also einen „Titel" haben. Zum entgegengesetzten Schluß kommt Savigny 3 S. 431, natürlich, da ihm der Titel bloß Rechtfertigungsgrund des guten Glaubens ist. Diese Auffassung des Titels hat Stintzing mit Erfolg widerlegt. Wir gehen noch weiter, und behaupten, der Titel habe niemals diese Funktion. Ebensosehr irrt Böcking §. 146 f.: die bona fides sei Wirkung des Titels. Der vollständigste Titel erzeugt uns keine bona fides. Donell 5, 14 sagt: „Possidendi justa causa bonae fidei quodammodo (?) pars est. Distinguuntur (also doch!) tamen ista a veteribus (leider von den Neuern nicht; daher die gränzenlose Verwirrung und Unklarheit!), ut aliud sit possidere ex justa causa, aliud bona fide. Et recte: sunt enim distincta re vera; potest namque quis possidere ex justa causa, et nihilominus mala fide: ut qui emit rem alienam sciens; et contra: potest possidere bona fide, qui nulla ex causa possideat, ut qui putet causam subesse quae non est, errans in facto aut jure". Im 17. Kapitel setzt Donell gleichwohl die fides bona in den Glauben daß man Eigenthümer werde. Und ganz unquellenmäßig ist, was er Kap. 18 sagt: „Ad haec duo (Titel und Fides) accedere tertium (?) oportet quo fiat justa possessio: ut, qui possessionem nanciscitur ex justa causa et bona fide, idem nanciscatur et voluntate ejus a quo possidendi causa est". Was hierin Wahres ist, fällt in den Derivativtitel selbst hinein.

Daß der vollkommene Titel die Fides ersetze, so Etwas sagt auch nicht die c. 30 ev. 8, 45 von Diokletian und Maximian, selbst wenn wir annehmen, hier sei von der ersitzungsmäßigen Fides die Rede. Der Käufer, obwohl er durch Strafkonvention für den Entwährungsfall vorsorgt, mag immerhin an das Eigenthum des Verkäufers glauben. Glaube, selbst Ueberzeugung, ist noch weit entfernt von Gewißheit. Wer, was er mit gutem Grunde glaubt, für gewiß annimmt und darum die eigene Sicherstellung für den möglichen Fall eines Irrthums versäumt, ist ein Thor oder Sanguiniker; für solche Leute zumeist kann die Ersitzung nicht erfunden sein. Der Römer der guten alten Zeit glaubte an seine Götter, und doch sorgte er vor, daß kein Gott, von denen an die er nicht glaubte, sich vernachlässigt fühle, denn ein solcher konnte ja existiren.

Daß die fides bona der Glaube an das Eigenthum des Vormannes sei, zeigen noch folgende Stellen:

L. 12, 8 capt. 49, 15: Si ignorans captivum, existimans vendentis esse (b. f.), redemit (tit.), an usucepisse videatur? — in Vergleich mit dem Gegenfall in §. 7 praeced. ib.: „Si quis servum captum ab hostibus redemerit, protinus est redimentis quamvis scientis alienum fuisse (nicht esse)". Aber der alte Herr hat das Oblationsrecht, um das Postliminium herzustellen. —

C. 17 r. v. 3, 32: Diokletian und Maximian. Zu dieser Stelle bemerken wir eingänglich, daß wir vollkommen berechtigt sind, Aussprüche über Kauffälle als Grundlagen für die Ersitzung überhaupt zu betrachten. Denn, zu ersitzen, ist jus b. f. emptoris vetustissimum (l. 12, 8 s. c.). Das Gesetz ist Antwort auf eine Anfrage von Grundstückseigenthümern. Diese vindizirten, der Beklagte schützte erwerbende Verjährung vor, die Kläger behaupteten, er habe bösgläubig gekauft. Z. B. als er im Begriffe stand, den Kauf abzuschließen, hatten die jetzigen Kläger ihm denunzirt, daß jenes Grundstück dem Verkäufer nicht gehöre. Ist dieses die gerichtliche litis denunciatio des spätren Theodosianus Kodex? Undenkbar, weil gegen den noch nicht besitzenden Käufer keine Vindikation zusteht. Die Stelle sagt nicht, daß solches Melden allein und nothwendig bösen Glauben hervorrufe; es kann also

wirken. Noch weniger kann dieses Gesetz uns veranlassen, Zweifel für Mangel des guten Glaubens zu nehmen, da vielmehr nur der eigentliche „böse Glaube" darin betont ist. Praktisch freilich, da die Beweislast des bösen Glaubens dem Vindikanten obliegt, mag dieser immerhin, weil doch nur ein Judizienbeweis über Gesinnung denkbar ist, mit dem Beweise jenes Meldens den Anfang machen. Nur dieß steht im Gesetz: „vobis denunciantibus non recte comparavit" — man kann also trotz der Denunziation doch recte comparare[1]) — „vel alio modo mala fide contraxit". Auch, daß nach Justinian's Bestimmung in c. 11 cond. ind. 4, 5, wer mente titubante, ancipiti, incerto indebitum zahlte, die Kondiktio Indebiti haben soll, ist nicht für die Ersitzungslehre zu benutzen dahin daß Bona Fides den Zweifel mitumfaßte. Denn zwar eine verdächtige Waare braucht man nicht zu kaufen; zahlt man jedoch eine mögliche Schuld nicht, so läuft man Gefahr, die Rechtsnachtheile des Verzuges zu erleiden. Ebensowenig beweist für bloße Fides: Papinian's l. 76 r. i. 50, 17: „In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt". Auch geht die Stelle nur auf Willenshandlungen, und dazu liefert einen Anwendungsfall Ulpian's l. 13, 1 a. h. 29, 2: „Falls Jemand zweifelt, ob der Erblasser todt sei oder noch lebe, ist seine Ausschlagung der angetragenen Erbschaft unwirksam, keine rechtliche That". — Da also die Quellen vom Zweifel bei der Ersitzung nie reden, so muß der römische Schwurrichter stets nur für guten oder bösen Glauben entschieden haben. Fraus, dolus, ist Gegensatz der bona fides: l. 3, 3 pro socio 17, 2. Wer durch physischen Zwang dem Nichteigenthümer die Sache abnimmt, kann, so sehr er Diesen für den Eigenthümer hält, schon darum nicht ersitzen, weil der derivative Charakter des Sacherwerbes, die Uebergabe, fehlt. Dieß ist aller-

1) Gesteigerte Wichtigkeit hat diese Untersuchung durch das kanonische „Mala fides superveniens nocet", da demnach die Frage entsteht, ob eine in den Ersitzungslauf fallende Privatdenunziation m. f. supervenientem begründe. Da nun Zweifel nicht m. f. ist, so muß die Frage präsumptiv verneint werden. So auch die Helmstädter Fakultät 1724 bei Leyser spec. 455 med. 3. Somit kann solche Denunziation bösen Glauben hervorrufen, nöthig aber ist sie dazu durchaus nicht: Leyser spec. 110 med. 6.

dings bei bloß psychologischem Zwange kein Hinderniß, aber die so gewonnene Ersitzung wird richterlicher Seits rescindirt. Vgl. l. 116 pr. r. i. 50, 17: Nihil consensui — für uns: dem Eigenthumsvertrage — tam contrarium est qui et bonae fidei judicia — diesen nähern sich wenigstens die Vindikationen — sanctum, quam vis atque metus: quem comprobare — für das Rechtsgesetz resp. Richteramt — contra bonos mores est. — Aus den Schlußworten ist man versucht, die Stelle nur auf den eigentlichen Metus zu beziehen, „vis atque metus", wie in der ältren Ediktsredaktion, als ἓν διὰ δυοῖν zu nehmen. — Lata Kulpa gesellen wir zum Dolus. Von levis Kulpa als einem Hinderniß ächter bona Fides kann hier, wo der Sacherwerber mit dem Sachherrn in keinem die Sache betreffenden Forderungsbande steht, nimmermehr die Rede sein. Arg. l. 8 pro empt. 41, 4: Si quis, quum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, ab eo emisset, nihilominus bona fide emptor est, nam a domino emit; nisi forte et is, qui a luxurioso, et protinus scorto daturo pecuniam, emit, non usucapiet?

Das Resultat der c. 17 r. v. 3, 32 s. c. ist nun einfach die kaiserliche Entscheidung: Der Beklagte muß, falls die Kläger ihr Eigenthum bewiesen, ohne daß ihm eine l. t. praescriptio hälfe, das Grundstück mitsammt den Früchten, die ja als bösgläubig perzipirt erwiesen sind, an die Kläger herausgeben. — Da das Reskript der Berufung des Beklagten auf Ersitzung nicht ausdrücklich gedenkt, so mag es zunächst nur um die Frucht sich drehen. Aber es ist für die Ersitzungsfrage gleichwahr.

Beide Stellen (l. 12, 8 captiv. c. 17 cit.) beweisen, daß nicht der Beklagte den guten, sondern der Kläger dessen bösen Glauben darzuthun habe. Dagegen den Titel (Eigenthumserwerb) hat der Beklagte als Kontravindikant zu erhärten, sowie an ihn die Reihe kommt seine Berufung auf Ersitzung wahr zu machen; natürlich auch den Zeitablauf. Zeigt der Kläger demnächst die Nichtigkeit des Titels, so muß der Beklagte die Entschuldbarkeit[1]) seines

1) „Ein Irrthum darf, in sämmtlichen Fällen des dolus, der mala und bona fides nur dann Berücksichtigung finden, wenn er nicht durch grobe Schuld veranlaßt ist": Herrmann in Linde's Z. Schr. N. F. IV (1847), 12.

Glaubens an den Titel darthun. Die eigentliche Bona Fides kommt also mittelst Doli Replikatio im Judizium zur Sprache — vgl. l. 18, 1 prob. 22, 3 —, ohne daß wir darum eine technische römische replicatio, d. h. in jure opponenda, annehmen dürften.

Aus dem Titel fließt der eigenthümlich idealisirte Charakter des Usukapionsbesitzes. Ohne Besitz keine Ersitzung: l. 25 u. 41, 3. Interdiktenbesitz ist nicht nöthig, d. h. es steht der Ersitzung nicht im Wege, daß ein Andrer (vom Ersitzenden) abgeleiteter Besitzer ist: l. 1, 15 a. p. 41, 2. So ergiebt sich ein Besitz, welcher nichts weiter ist wie Usukapionsgrundlage, als ausreichend: l. 16 u. 41, 3. Wir nennen demnach solchen Besitz „Eigenthumsbesitz": possessio pro suo: vgl. Paul. l. 13 pr. u. 41, 3, d. i. si quis sibi, non alteri possidet; solchen hat kein abgeleiteter Besitzer, geschweige ein Detentor: c. 1 comm. de usuc. 7, 30.

Gewiß ging das römische Recht von der Wirklichkeit des Titels aus. Klassische Juristen verfuhren freier, und gaben eine pro suo usucapio im Falle der Nichtexistenz des Titels, falls nur das Dafürhalten, daß ein Spezialtitel vorliege, vorhanden sei. Celsus sagt, daß Jene irrten; wie weit, nach Celsus Meinung, das freilich erhellt aus l. 27 u. 41, 3 nicht. Ulpian stimmt dem Celsus jedenfalls insofern bei, als der Scheintitel pro emptore nicht helfe falls der Kaufpreis nicht reell bezahlt sei. D. h. bezahlt oder angeboten: L. 1 pro empt. 41, 4: „Possessor, qui litis aestimationem optulit, pro emptore incipit possidere". Im „litis aest. suffere" liegt eine Wandlung des Besitzrechtsgrundes; Auktor, Erwerbsakt, dessen geschäftliche Unterlage sind sämmtlich neu. Sehr passend daher vergleicht l. 2, 21 pro empt. 41, 4 damit den andern Fall: wenn der aus Kauf Besitzende darauf die Sache vom wirklichen oder scheinbaren Herrn geschenkt erhält. — In l. 27 u. 41, 3 s. c. ist also Besitz des Käufers vor Zahlung des Preises vorauszusetzen: Dieser Besitz ist kein Eigenthumsbesitz; auch kann er, ohne Effektivzahlung, darum nicht ein solcher werden, weil die bloße Aenderung der subjektiven Meinung des Besitzers das Rechtsverhältniß des Besitzes als einer Thatsache nicht zu ändern, dem Besitze nicht einen neuen Rechtsgrund unterzulegen vermag. Glaubt daher umgekehrt, schon zur Zeit seines Besitzerwerbes, der Käufer aus entschuldbarem

Irrthum, der Preis sei bezahlt: so kann er ersitzen. Diese Schwierigkeit fällt weg wo kein Preis ist, wie bei Vermächtniß, Schenkung,[1]) regelmäßiger Mitgift. Grade aus diesen drei Beispielen hatten aber die Irrenden ihre Regel gebildet, und, als eine der Usukapion gemeine, auf Kauf angewendet. Vgl. Ulpian's l. 3 pro empt. 41, 4: „Litis aestimatio similis est emptioni". Hier nun bewährte sich die Regel nicht. Dieß ist der Irrthum, den Celsus bekämpft. Es leuchtet ein, daß der s. g. Putativtitel, um der l. 27 willen, getrost anerkannt werden darf. Vielleicht gar wollte Celsus nur Dieß betonen, daß der empfangende Käufer ohne effektive (nicht bloß „putative") Preiszahlung nicht in Ersitzungslage, nicht einmal pro suo, eintrete.

Schwierig ist auch die hier anzuschließende l. 48 ib. von Paulus:

1) „Uebergebe ich Dir Sachen in der Meinung Dir sie zu schulden, so genügt zur Ersitzung schon Dein übereinstimmender Glaube". Diese Ersitzung, falls kein wirkliches Schuldverhältniß bestand, ist nur putativ pro soluto, in der That lediglich pro suo: l. 3 pro suo 41, 10. Ueber bona fides vgl. „sufficit me putare, tuum esse, quum solvis". Also auch für den tit. pro sol. ist das ächte Wesen der b. f. übereinstimmend aus den Quellen bewiesen. „Meum" für „tuum" (Text bei Torelli) ist unrichtig.

2) „Glaube ich dagegen, Dir aus einem Kaufgeschäft auf jene Sachen, als auf die Waaren, verhaftet zu sein, und übergebe Dir sie in diesem Sinne: nisi auctio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet". Für „auctio" eines Kodex liest die Florentina „actio". Letztres würde hier den wirklichen oder scheinbaren Vorabschluß eines auf diese Sachen als Waaren gerichteten Kaufgeschäftes bedeuten; vielleicht auch, daß der Preis gezahlt sein müsse: denn erst dadurch erlangt der Käufer ein wirksames Klagrecht (actio). Bleiben wir bei der außergerichtlichen actio (gleich Handlung), so muß der Käufer sogar eine Zeit des wirklichen oder scheinbaren Kontraktes kennen, schon weil er damals

1) Harmenopulos sagt: Wer fälschlich glaubt, Beschenkter zu sein, kann nicht ersitzen. Hier ist nur die Ausnahme — „wenn er nicht eine justa causa erroris hatte" — unerwähnt geblieben.

guten Glauben gehabt haben muß, denn guter Glaube ist überhaupt nicht vollkommen richtig als Erforderniß des Besitzanfanges zu bezeichnen: Vgl. v. Scheurl Beiträge 1 S. 220. Dieß lehrt der Schluß der Stelle, daß grade hierin der Grund der verschiednen Behandlung des Schuldtilgungs- und des Kauf-Falles liege; ebenso deutlich lehrt das Nämliche die l. 2 pr. pro emptore 41, 4. Damit also Ersitzung erfolgen könne, darf man wissentlich eine fremde Sache stipulirt, nicht aber wissentlich eine fremde Sache gekauft haben. Auch kann ein solcher Käufer, falls er im Zeitpunkte des Waareempfangs guten Glauben nun wirklich hat, nicht pro soluto ersitzen wollen: dieser Titel paßt nur auf die „übrigen" Kontrakte (dandi obligationes); zu diesen gehören auch Quasi-Kontrakte wie das Damnationslegat: l. 15, 3 u. 41, 3. Der Grund des Grundes ist, weil der Verkäufer nicht Eigenthumsübertragung, sondern nur das Interesse an etwaiger Entwährung schuldet. Ist er Eigenthümer, so überträgt er solches auf den Käufer. Zu der Zeit des Kaufes muß also der Käufer an das Eigenthum seines Gewährsmannes glauben, damit die Pflicht zur Uebergabe seitens des Verkäufers ihm ein Recht auf Eigenthum darzubieten scheine, welches durch den Traditionsvollzug sich in vermeintliches Eigenthum, falls auch jetzt der Glaube noch vorliegt, umzusetzen die geschäftliche Anlage habe. Wäre also ausdrücklich beim Kaufe einmal für das „Eigenthum" des Verkäufers garantirt, so würde dieß für jetzt den guten Glauben ersetzen; ja, wäre dann Käufer selbst gradezu bösgläubig, so ist doch der Eintritt der Ersitzungslage immer noch insofern denkbar, als der Verkäufer den Erwerb von Handen des wahren Sachherrn zu bewirken einsteht und, nachdem er, diesen Erwerb erlangt zu haben, dem Käufer durch scheinbar beweisende Thatsachen vorspiegelte, die Uebergabe vollzog. Die gewöhnliche Ausdrucksweise jedoch „der Verkäufer verpflichtet sich, das Eigenthum ... zu übertragen", als Hauptvertrag gemeint, enthält eine solche akzidentielle Umänderung der Natur des Kaufgeschäftes der Vermuthung nach noch nicht, weil die Obligation des Verkäufers gesteigert erscheinen würde, weil eine Novation der Waarenschuld im Zweifel nicht angenommen werden darf. Auch darf der Nebenvertrag nicht vom Käufer in fraudem legis bloß dazu benutzt werden, seinen jetzigen bösen

Glauben einfach ihm selbst unschädlich zu machen, d. h. ohne daß die Verpflichtung des Verkäufers zum Eigenthumserwerbe u. s. w. wirklich übernommen wäre.

Daß, falls der Titel nur scheinbar vorhanden ist, nicht aus diesem speziellen, sondern aus dem allgemeinen pro suo titulus ersessen werde, steht fest. Siehe z. B. l. 1 pr. pro don. 41, 6. l. 6 pro der. 41, 7. Schwierig aber ist l. 1, 4 pro dote 41, 9: „(Cassius) scribit: et si putavit maritus, esse sibi matrimonium, quum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit; (Ulpian.:) quae sententia habet rationem". Wir fragen: usucapere eum non posse: pro dote, oder auch pro suo? Nur Erstres ist rationell, denn auch die vorausbezahlte Dos wird im Zweifel einstweilen schon pro suo ersessen: l. 1, 2 ib. Somit negirt auch wol §. 3 nur die pro dote usucapio. Die römische Jurisprudenz ging aus von dem Erfordernisse der Wahrheit des Titels; der titulus pro suo durchbrach dieses Erforderniß. Außer im Falle des Privattitels ersitzt man pro suo, wenn man Besitz Desjenigen erlangt, was man bereits für unser Eigen hält: l. 5, 1 pro suo 41, 10 vgl. l. 44, 4 i. f. u. 41, 3. In dem Falle von l. 2, 7 pro empt. 41, 4, wo Jemand ein Vermögen ersteigert, in welchem deponirte Sklaven sich faktisch befinden, kann eben nur die pro emptore usucapio geläugnet werden, und nur auf sie paßt der angegebne Grund der „Nichtersitzbarkeit". Der Vermögenskäufer hat den Bestand mit dem Inventar zu vergleichen; fanden sich jene Sklaven aus Irrthum in letztrem, so kann eine pro suo usucapio keinem Anstande unterliegen. Einen so seltnen Fall hier zu betonen, hat der Jurist keine Veranlassung. Aehnlich steht es mit §. 6 ebend., wo die gekaufte Waare bei der Uebergabe verwechselt ist; pro suo muß ich ersitzen können. — Wer die Ersitzung aus Spezialtitel vollendete, hat nun die Gewißheit seines Eigenthums, besitzt also jetzt nicht nur pro emptore, d. h. vom Verkäufer, sondern zugleich pro suo, d. h. unabhängig: l. 3, 4 a. p. 41, 2; natürlich kann man nicht aus mehrern Gründen ersitzen: Donell 5, 16.

Es ist praktisch gleichgültig, ob man jene Ersitzung „pro suo" oder aber nach dem putativen Spezialtitel benennt: vgl. l. 11 pro empt. 41, 4: Hier nennt Afrikan den Putativkäufer geradezu „Käufer". — Denn z. B. auch der aus wahrem Kauftitel Be-

sitzende besitzt insofern pro suo, als er nicht alieno nomine besitzt, mag er gleich persönlich einem Dritten, z. B. weil er als Mandatar kaufte, zur Herausgabe verpflichtet sein: l. 13, 2 u. 41, 3. — Irrige Annahme eines andern, als des wirklich unterliegenden Titels steht der Ersitzung nicht im Wege: l. 31, 6 u. 41, 3. Ebensowenig schadet Unbekanntschaft mit der eignen Rechtsfähigkeit: l. 44, 4. 7. ib. Ein vermeintliches Hauskind kann ersitzen, gleichwohl kann es sich nicht für den „Eigenthümer" halten, folgeweise kann die bona fides nicht in diesem Dafürhalten bestehen.

§. 19. Der „Titel" stimmt nicht zur äußern Form, sondern zu der innern geschäftlichen Natur von Eigenthumserwerb. Der Tradition, Manzipation, In Jure Zession entsprechen keine Titel pro tradito u. s. w. Nicht Tradition durch sich allein verschafft Eigenthum. Manzipation ist Formkauf. In Jure Zession als gerichtliches Eingeständniß kann nicht mehr wirken wie rechtskräftiges Urtheil, also keinen Usukapionstitel. Die Adjudikation endlich beruht auf Kauf oder Tausch.

Rücksichtlich der J. J. Z. könnte man einwenden, sie beruhe doch, im Gegensatze zum Endurtheil, auf Konsens. Wohl! Aber der konstitutive Akt ist die prätorische Addiktion, und dieser sieht man nicht an, ob sie auf Konsens beruhe oder nicht. Also giebt es auch keinen titulus pro addicto.

Ferner behaupteten wir, das Endurtheil wirke keinen Titel. Dieß fließt aus seiner deklaratorischen Natur. Freilich **transactio** dominii (der Abfindungssache) translatione finem accipit: c. 35 transa. 2, 4. Vgl. c. 9 ib.: Si super possessione (gleich Immobilareigenthum), quae tibi quaesita est, quum quaestionem patereris a fratre uxoris tuae, pactum conventum et stipulatio inter vos interposita est, ut, si intra diem certum adversarius 10 aureos numerasset, possessione (abgefundene Sache) ei cederes, vel, si non numerasset, ulterius quaestionem non patereris: so darf Jener, falls er nicht leistete, Dir keine Gewalt anthun, und wird, dinglich klagend, durch die Vergleichseinrede aus dem Felde geschlagen. — Auf den Prozeßsieger als solchen geht das Recht des Besiegten nicht über; dieser hatte kein Recht. Im Vindikationsprozesse zumal judex sententia declarat meum esse: l. 35, 1 r. v. 6, 1; nicht: meum facit. Vgl. l. 8, 4 si serv. vind.

8, 5: „Et, si quidem is optinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi, sive recte pronunciatum est: quia habet, sive perperam: quia per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari. Plane si non utendo amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino[1]) aedium". Auch dieß „restitui" iſt kein „dari", ſondern nur ein „tradi" mit cautio de dolo; im Ganzen auf den Zeitpunkt der L. K. zurückbezogen, wie das Wort („re —") lehrt; d. i. wie viel der Kläger haben würde, falls damals ihm reſtituirt worden wäre: l. 20 r. v. 6, 1. Die cautio de dolo wäre unnöthig, falls eine „Veräußerung" vorläge. Wie ſollte auch der Kläger in ein Eigenthum nachfolgen können, deſſen Exiſtenz er mit ſo gutem Erfolge läugnete, daß die anerkannte Nichtexiſtenz grade ihm zum Beſitze verhilft? Er will nur den Beſitz: l. 22 v. s. 50, 16; Eigenthümer, ſagte er, bin ich. Aber wie, wenn der Beklagte nach der L. K. erſaß? Noch v. Scheurl Beiträge No. 15 a. E. ſcheint hier an Nachfolge in Uſukapionstitel zu glauben. Man leſe l. 9, 1 vi arm. 43, 16: „Dejectum ab usufructu in eandem causam praetor restitui jubet, i. e. in qua futurus esset si dejectus non esset. Itaque, si tempore ususfructus finitus fuerit postquam dejectus est a domino, nihilominus cogendus erit restituere, i. e. iterum constituere". Hier war der Beklagte ſelbſt Auktor des Klägers. Der alte Titel bleibt, wenn gleich hier eine neue Beſtellung des Rechts erfolgen muß. Dieſe neue Beſtellung iſt nur Wiederherſtellung des alten klägeriſchen Rechts. Arg. l. 9, 6 ad exhib. 10, 4: „Proinde, si post l. c. usucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse, quum petitor intentionem suam perdiderit; et ideo absolvi eum non oportere, nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere ita, ut fructus secundum legem aestimentur".

Der Sachherr kann wohl hindern, daß ſeine Sache mit Erſitzungswirkung unter Dritten verkauft werde; er braucht nur dem Käufer vor der Uebergabe zu denunziiren; noch ſicherer: er vindizirt rechtzeitig. Nicht aber kann er einen Nichtbeſitzer hindern,

1) Beſſer „dominio": Keller L. K. §. 22 Note 2.

zu vindiziren; solche Vindikation unter Dritten darf also dem Sachherrn auch nicht präjudiziren: l. 63 re jud. 42, 1. Vgl. l. 27, 1 lib. c. 40, 12: „Si ea persona desit cognitioni, quae alicui status controversiam (ebenfalls über ein absolutes Recht!) faciebat, in eadem causa est qui de libertate sua litigat, qua fuit, priusquam (so bei Ersitzungslage der alte, bei Unrechtmäßigkeit des alten Besitzes gar kein Titel u. s. w.) de libertate controversiam patiatur. Sane hoc lucratur, quod is, qui controversiam faciebat, amittit (nicht also sukzedirt Kläger dahinein) suam causam; nec ea res ingenuum facit eum qui non fuit (geschweige: si fuit). Nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere. Recte atque ordine judices puto facturos, si hanc formam fuerint consecuti, ut, ubi deest is qui in servitutem petit, electionem adversario deferant, utrum malit, cognitionem circumduci an audita causa sententiam proferri. Et, si cognoverint (‚pronunciari), pronunciare debebunt, servum illius non videri.“ — Der gewöhnliche Bescheid im Eigenthumsstreite lautete nicht „rem Negidii non videri“, sondern der Kläger bekam, um wirksam geschützt zu sein, positiv Recht gesprochen. — „Neque haec res captionem ullam habet, quum non „ingenuus“ pronuncietur (wie dieß für kontradiktorisches Erkenntniß angezeigt war) sed „servus non videri.“ Quod si ex servitute in ingenuitatem se allegat, melius (judices) fecerint si cognitionem circumduxerint, ne sine adversario pronuncient ingenuum videri nisi magna causa suadeat et evidentes probationes suggerant secundum (Jedes Urtheil ist relativ, ein Titel aber absolut!) libertatem pronunciandum, ut etiam rescripto Hadriani continetur.“

Freigesprochen gegenüber dem Sachherrn, hat man, wenn man nun den Besitz verliert, nur dann eine, gegen die dominii exceptio kraft replicatio rei judicatae durchführbare, publizianische Klage, falls man bereits früher publizianischen Besitz gehabt hatte: l. 24 exc. r. jud. 44, 2: „Si quis rem a non domino emerit rell.“ Als die arbitrariae actiones, das arbitrium de restituendo, die pecuniaria condemnatio, noch in voller Blüthe standen, machte die dem Arbitrium vorausgehende ungerechte Pronunziation für den Kläger im Eigenthumsstreit diesen keineswegs zum Eigenthümer resp. Usukapienten, jenachdem der Beklagte Sachherr oder nur Ersitzungs-

besitzer war. Der Kläger hatte ja noch nicht einmal den Besitz, und die Pronunziation ist keine Addiktion. Gehorchte aber der Beklagte dem Arbitrium, so lag hierin eine Veräußerung insofern als er all sein „Recht" über die Sache verlor: l. 3, 3 r. eor. qui sub tut. 27, 9. Letztre Stelle bedeutet im heutigen Recht: „Ist gegenüber einem Mündel dessen Grundstück vindizirt, und lautet das Enderkenntniß irriger Weise gegen ihn, so können die Vormünder rechtsgültig herausgeben (restituere)." Diese Restitution heißt „alienatio", mit Recht, da der Mündel, falls er vindiziren wollte, der exceptio rei jud. unterliegen müßte. Valebit alienatio propter rei jud. auctoritatem. v. Scheurl Beitr. 2 S. 84 f. Nur durch Veräußerung entging man der, schlimmeren, Verurtheilung. Wieviel Recht aber erwirbt der Empfänger? Arg. l. 13, 9 a. p. 41, 2: „Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit." Diese Stelle handelt nur von accessio ad interdicta. Aber selbst zugegeben, Jenem falle grade alles Recht des Gebers zu, so wäre doch der Grund nicht die res judicata, sondern der durch Verurtheilungsvermeidung motivirte freie Wille. Der Titel wäre also pro soluto, d. h.: um sich zu lösen von der obligatio auf condemnari oportere, wäre veräußert. So auch in l. 33, 3 u. 41, 3: „Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis justam causam habebo. Sed et is, a quo ex stipulatu fundum petere volebam, cedendo mihi possessione, si solvendi causa id fecerit, eo ipso efficiet ut fundum longo tempore capiam." Cedere ist weit mehr als restituere possessionem. Das cedere denkt an den einziehenden Andern, es enthält eine Art Besitzübertragung. Grade dieß ist das restituere keineswegs, sondern nur eine Versetzung des Andern in die seinem Recht adäquate physische Lage ohne alle Uebertragung eigenen „Rechtes" oder „Besitzes": l. 52, 2 a. p. 41, 2. — Im neuern Verfahren erzeugt das Judikat aus persönlicher Klage (l. 3, 1 Publ. 6, 2) und auf die Sache selbst gerichtet den Titel pro soluto. Dieß verkennt Stephan im ziv. Archiv 31 (1848), 10 S. 354. Aber man lese l. 4 ib. Die Kondemnation erzeugt hier eine dandi obligatio. Ausnahmsweise, nämlich falls noxae datio erfolgt, erwächst der Titel pro suo: l. 5 ib., da diese datio nicht in obligatione war. Gleichwohl

kann nach l. 46 u. 41, 3 auch hier vom Titel pro soluto geredet werden wie für alles statt des Geschuldeten Gezahlte; zwischendurch bleibt aber der Titel pro suo zu denken, ähnlich wie beim Tausche.

Auch Brinz Pandekten S. 209 möchte den Titel pro judicato als eine Inconsequenz in Abrede ziehen, wagt dieß aber nicht wegen Stellen wie l. 13, 1 jurej. 12, 2: Ulp.: „Julianus ait, eum, qui juravit fundum suum esse, post l. t. praescriptionem etiam utilem actionem habere debere.“ Aber dieser Eid war zugeschoben; in seiner Ableistung liegt Konsens und Eigenthumsvertrag. Allerdings ist diese Ableistung Ersatz des Endurtheils, aber daraus folgen nicht gleiche Wirkungen. Die übrigen Stellen, welche Brinz anführt, betreffen den Vergleich.

Zu unserer Meinung stehen Danz in Linde's Zeitschr. 5, 19, Pfeiffer im ziv. Arch. 37 (1854) 4 §. 7, der hauptsächlich Vangerow §. 320 Anm. 3 bekämpft. Die entgegengesetzte Ansicht ist am Besten ausgeführt von Arndts im ziv. Arch. 13 (1830), 15.

L. 137 r. i. 50, 17 sagt: „Qui auctore judice comparavit, bonae fidei possessor est.“ Diese Stelle jedoch, von welcher Vangerow zugiebt daß sie nicht hierher gehört, ist nur ein Bruchstück der l. 14, 1 rell. 11, 7, wonach richterlich befohlner Verkauf vorausgesetzt ist. Z. B. auch behufs der Befriedigung eines siegreichen Klägers in der Exekution: c. 1 si in c. jud. pign. capt. sit 8, 23. Zu Grunde liegt richterliches Pfandrecht.

§. 20. Der Titel ist eine Eigenschaft des Erwerbes. Für Derivativtitel ist daher die Uebergabe aus dem Titel unerläßlich: l. 5 a. p. 41, 2. Auch hier reicht aber, seit Anerkennung des Putativtitels, der entschuldbare Irrthum, es sei übergeben, aus; das „recte possessio tradita erit“ und „contra erit“ der l. 33 ib. hat mit der jenseitigen Ersitzung aus entschuldbarem Irrthum Nichts zu thun, behandelt diese Frage nicht. — Der Vermächtnißnehmer ersitzt auf Grund der l. 8 pro leg. 41, 8, wenn er, zwar eigenmächtig, aber ohne eines der drei Vitia, den Besitz ergriff. Dieß bezog sich ursprünglich auf das Vindikationslegat — „legatae rei usucapio“ —, paßt aber bei Justinian auf jedes Vermächtniß; nur muß dann auch in jener Besitznahme die Ausübung des Wahlrechtes gefunden werden und ist also der Belastete nun nicht mehr Schuldner des Bedachten.

§. 21. Kaufähnlich[1]) ist der Titel pro suo aus dem ob causam datum: l. 9, ausführlicher l. 10 pro empt. 41, 4, vgl. l. 4, 31 doli exc. 44, 4. Auch außergerichtliche Theilung, als Tausch, gehört hierher: l. 4, 1 pro suo 41, 10. Die Abfindung aus dem Vergleich — c. 8 u. pro emptore v. transactione 7, 26 —, das ex transactione traditum (: l. 29 u. 41, 3) wird pro soluto ersessen. Die Parallele des Kauftitels trifft auch hier, als bei einem ob causam datum, zu. Vergleich ist angebahnt auch durch Eideszuschiebung: l. 2 jurej. 12, 2. Schwor der Delat gemäß dem Inhalte der Delation, das Eigenthum von dem Deferenten wohlerworben zu haben: dann wird die so verglichene Sache aus dem angegebenen Spezialtitel ersessen: arg. l. 13, 3 jurej. 12, 2. Daß er einen Ersitzungstitel begründen kann: dieß gehört mit zu „dem größeren Ansehen" des Eides, wie jedes Vergleichs, im Verhältniß zu rechtskräftigem Urtheil: l. 2 ib.

An der Spitze der lucrativae causae steht der Titel pro donato: c. 11 l. t. praescr. 7, 33. Erfüllung von Schenkversprechen gehört auch unter den Titel pro soluto. Aechteste Anwendung des Schenkungstitels, übereinstimmend mit der technischen Bedeutung von Donatio, ist somit die unmittelbar in Datio sich verkörpernde Schenkung: l. 1 pr. pro don. 41, 6, die schenkweise Uebergabe: l. 18, 2 don. 39, 5. So ist in „rem mortis causa traditam" der l. 33 m. c. d. 39, 6 hinter „rem" „donationis" zu ergänzen.

In Mitgift können Begriffsganze gegeben werden. Dieß hindert die pro dote Ersitzung an den darin befindlichen körperlichen Einzelsachen so wenig (l. 1, 1 pro dote 41, 9), als es denkbar ist, daß das Begriffsganze als solches ersitzbar sei; denn es ist gar nicht Gegenstand für Eigenthum. — Besteht die Ehe nur scheinbar, so tritt der Titel pro suo ein: z. B. l. 67 j. dot. 23, 3.

Den Titel pro legato hat nur der wirklich Bedachte (l. 1 pro leg. 41, 8) an dem ihm wirklich Vermachten: l. 2 ib., wie Dieß auch beim Kaufe ähnlich der Fall ist: l. 3 ib. Diese Schranken zerstört l. 4 ib:

---

1) Guter Glaube, Bezahltsein des Preises, Putativtitel, Verwechslung des Gegenstands beim Kauf, sind Dinge, welche wir jedes an seinem Orte betrachten. Vgl. Bangerow §. 320 Anm. 2 Nr. 1.

1) falls ein Widerruf dem Bedachten unbekannt sei — 2) falls die Person, z. B. durch Identität oder Verwechselung der Namen im letzten Willen, sich entschuldbarer aber irriger Weise für den Bedachten hält.

In beiden Fällen läßt Paulus den Titel pro legato zu. Daß dieses die schwersten Kämpfe gekostet, bezeugt Hermogenian l. 9 ib. Aber die Sache drang durch für alle Fälle so oft „non recte", „non jure" vermacht oder „legatum ademptum" war. Was dagegen nicht vermacht, sondern vom Erben aus Verwechselung übergeben ist, dieß kann der Legatar nur pro suo ersitzen: l. 4, 2 pro suo 41, 10. Fehlt dem Legatar die Testamentifaktion mit dem Erblasser (l. 7 pro leg. 41, 8), so hilft die entschuldbare Unkenntniß dieses Mangels auch nicht zum Titel pro suo.

In l. 3, 21 a. p. 41, 2 wird unter den genera possessionum gemäß den causae acquirendi ejus, quod nostrum non sit auch eine possessio pro noxae dedito genannt. Freilich fehlt die pro soluto; jene fällt unter diese; selbst die Namen sind gleichförmig gebildet. Solutum im eigentlichsten Sinne aber ist das noxae deditum nicht, denn auf das noxae dare bestand nicht die Obligation; letztres ist nur in facultate (solvendi) gewesen, ein pro debito solutum. Vgl. l. 6, 1 re jud. 42, 1; l. 1 nox aa. 9, 4. Der Gläubiger muß dasselbe in Zahlung nehmen (necessaria in solutum datio). Insofern ist dieser Erwerb für ihn lukrativ, als er kein Fordrungsrecht darauf hatte; und dieß hat praktische Wichtigkeit: l. 4, 31 doli exc. 44, 4. Zwar sein Geldentschädigungsanspruch aus der Noxa erlischt, aber er hat den Thäter, kann ihn nach Belieben büßen lassen, und überdieß hat er über ihn das Eigenthum.

Es schadet zum Titel pro noxae dedito nicht, daß Empfänger weiß, das Empfangene gehöre einem Dritten. Deßhalb greift Schirmer in Linde's Zeitschr. N. F. 15 S. 230 unsre Begriffsbestimmung von bona fides an. Aber einmal hat das ältre Recht in der That Ersitzungen ohne b. f., andrerseits haben wir nur den Grundbegriff der b. f. erkannt; Modifikationen kommen aus besondern Verhältnissen vor. So muß, zum Titel pro n. ded., wirklich oder nach der b. f. des Empfängers der Geber mindestens gutgläubiger Besitzer gewesen sein. Die Noxalklage steht gegen

den malae fidei possessor zu: die mala fides darf ihm nicht nützen, Rücksicht verdient er nicht. Dieselbe Klage steht gegen den bonae f. poss. zu: er hat das Recht, Noxä zu geben, weil er sonst Geld zahlen müßte. Er darf nicht schlechter daran sein wie der besitzende Eigenthümer.

Vertheidigt der Besitzer die Noxalsache nicht, so erfolgt auf Ermächtigung des Richtermagistrats hin Duktio, d. i. Privatpfändung um jene Sache, ebenfalls mit Ersitzungsklage des Empfängers: l. 28 nox. aa. 9, 4. Dieser Fall unterscheidet sich übrigens von dem Fall der eigentlichen Noxä Datio durch Nichtakzession des Besitzes.

Böcking §. 146 §. 0 lehrt, sicher irrig, daß die Adjudikation ohne Tradition Usukapionsbesitz erzeuge. Auf magistratlich gestatteter einseitiger Besitznahme, wiederum einer Art Privatpfändung, basirt die Ersitzung aus dem zweiten Dekret wegen unvollendeten Schadens. Das Dekret ist von amtlicher Untersuchung präzedirt: l. 3, 23 a. p. 41, 2; das Ganze beruht praetoris officio: l. 5 pr. d. inf. 39, 2. Der Prätor verleiht Eigenthum (l. 15, 16 ib.), wo die Sache dessen fähig ist: §. 26 ib. Im Ganzen tritt der Eingewiesne in das Rechtsverhältniß des säumigen Kautionspflichtigen über die Sache. — Und doch ist diese privateinseitige Besitznahme auch als eine Art Tradition aufzufassen, bei welcher die Auktorität des bisherigen Privatbesitzers in vollem Maaße und gerechter Weise — da es gilt, Kontumaz zu brechen — durch die Auktorität des Prätor's ersetzt wird: l. 11 a. p. 41, 2.

Ganz scharf genommen giebt es keinen verus titulus pro derelicto. Denn das bloße Aufgeben des Besitzes ist an sich keine Dereliktion (des Eigenthum's); vgl. den Schiffswurf. Also kann der besitzende Nichteigenthümer nicht eigentlich derelinquiren: vgl. §. 47 J. r. d. 2, 1. Indessen ist es doch Zweierlei, ob er den Besitz oder aber sein vermeintliches Eigenthum aus freien Stücken aufgiebt. Den letztren Fall haben wir als Voraussetzung des verus titulus pro derelicto unterzudenken. Leyser spec. 456 med. 6. Putativ ist dieser Titel, falls die Sache den Anschein[1]).

1) Ohnehin giebt es für den animus derelinquendi nur einen Indizienbeweis. Leyser spec. 456 med. 8. Vergl. spec. 443 med. 8:

trägt, als hätte der letzte Besitzer sie derelinquirt, während sie wirklich z. B. verloren ist. Leyser spec. 456 med. 9. Nicht pro derelicto (l. 6 pro der. 41, 7), sondern pro suo wird dann ersessen. Schon Julian (l. 7 ib.) kannte die Streitfrage, ob der Putativtitel als Spezialtitel zu bezeichnen sei, und gab nur den pro suo titulus: „Si quis merces ex nave jactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae“, — d. h. der jactus mercium ist im Rechtssinne keine Dereliktion: Jav. l. 21, 2 a. p. 41, 2. Jul. l. 8 l. Rhod. d. jactu 14, 2 — „quaeritur; sed verius est, eum pro derelicto usucapere non posse“. Auch folgende Stelle schließt durch ihre Begründung den Titel pro suo keineswegs aus: Jav. l. 21, 1 a. p. 41, 2: „Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito“. Man muß sich vergegenwärtigen, wie selten gestrandete Sachen Schiffbrüchiger den äußern Anschein derelinquirter Sachen darbieten werden. Ebenso fehlt auch der äußere Anschein von Dereliktion in dem Falle von c. 5 in q. c. cess. l. t. praescr. 7, 34; ja, der Besitzer glaubte gar nicht an Dereliktion, sondern hielt den Sklaven für einen Freien; daß er ihn also auch nicht gemäß dem Satze „plus in re est rell.“ ersitzen konnte, liegt im Mangel der bona fides. — Zum Titel pro derelicto gehört, daß, falls Erwerber den letzten[1]) Besitzer kennt, er ihn für den letzten Eigenthümer wird halten müssen (bona fides): = scire (putare) pro derelicto rem a „domino“ habitam: Paul. l. 2 pr. pro der. 41, 7. Die Stelle sagt: unter dieser Voraussetzung possumus acquirere. Daß hier an Ersitzung zu denken sei, beweist nicht nur der Spezialusukapionstitel in der Titelrubrik, sondern mehr noch der Umstand, daß, falls die Sache wirklich „a domino“ derelinquirt ist, zum sofortigen Erwerb durch Okkupation das „scire“ Nichts

---

„Zum Beweise des animus derelinquendi bedarf es nicht der ordentlichen Verjährung, sondern genügen zwei Jahre.“ Erstres ist unbedingt, letztres nur für den Fall der c. 8 omni agro deserto richtig.

1) Oder: Ich habe von A erworben. Nun erfahre ich, B ist Eigenthümer. Glaube ich nun, B wisse um meinen Besitz und willige in mein Behalten, so kann ich trotz des kan. Rechts die Ersitzung vollenden. Vergl. Helmstädter Fakultät 1719 bei Leyser spec. 455 med. 7.

verschlagen kann. Vergl. Schirmer in der Zeitschr. f. Z. R. u. Proz. N. F. 15 S. 218 Note 5. — Unter Voraussetzung des Zutreffens dieser bona fides schadet es Nichts, wenn man auch etwa in Deliktsabsicht die Sache ergriffe welche ohne unser Wissen in der That derelinquirt ist. Und umgekehrt, glauben wir an die wirklich stattgehabte Dereliktion, halten also die Sache für eigenthümerlos, nur darin irrend daß es nicht der Eigenthümer war der sie derelinquirte: so brauchen wir den Derelinquenten sowenig zu kennen wie aus dem Kauftitel den Vormann des Verkäufers; die bona fides ist genügend gewahrt durch den Glauben, Niemand sei Eigenthümer:

Paul. l. 4 pro der. 41, 7: Id, quod pro derelicto habitum est, et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum est. [1])

Der Spezialtitel pro suo [2]) des Okkupanten einer scheinbar herrenlosen Sache ist stets putativ. So war es möglich, grade den Titel pro suo als den Putativtitel zu generalisiren. Spezifikation kann keine Ersitzungslage, sondern immer nur sofortiges Eigenthum erzeugen.

Der generelle Titel pro suo beruht auf bewußtem Ueberschreiten der Gränzen des ältern Ersitzungsrechtes. Er läßt sich bezeichnen als der auf entschuldbaren Irrthum [3]) gegründete Glaube, Eigenthümer zu sein. Man scheute sich nicht, der Ersitzung, einer Wohlthat für den gemeinen Rechtszustand, eine breitere Grundlage zu geben:

Paul. l. 2, 16 pro empt. 41, 4: Habe ich von einem Wahnsinnigen gekauft, den ich für geistig gesund hielt, so constitit usucapere utilitatis causa me posse, obwohl ein Kauf in keiner Hinsicht existirt, ich weder eine Regreßklage wegen Ent-

1) Ganz titellos ist die im österr. G. B. §. 392 vorgesehene Ersitzung des Finders. Jeder Finder muß die Sache für verloren, nicht für verlassen, erachten. Also hat er sie bei Gericht anzugeben. Bleiben die Ediktallabungen erfolglos, so erwirbt er das Eigenthum nach Verjährung der Anmeldungsbefugniß des bisherigen Eigenthümers.

2) Ueber den Titel pro suo s. Majansius I (1752) disp. 59.

3) Vgl. Hufnagel Mittheill. N. F. Nr. 26: Zur Ersitzung genügt ein vermeintlicher Titel, wenn der Irrthum entschuldbar ist. Bangerow §. 319 Anm.

währung (vgl. die alte auctoritas) noch eine Publiziana (es fehlt der Titel) noch eine Besitzakzession (es ist Nichts „übertragen") habe.

Man kann also in Ersitzungslage sein, ohne gegen den Vormann einen Entschädigungsanspruch wegen Entwährung zu haben. So, wenn mein Bevollmächtigter die Sache mir erwarb aus einem auf ihn lautenden, obwohl für mich eingegangenen (vgl. l. 47 u. 41, 3) Kaufgeschäft. So wie ich, den Erwerb erfahrend, guten Glauben habe, ersitze ich; dagegen Regreß gegen den Verkäufer steht mir nicht zu. Freilich kann ich meinen Bevollmächtigten mittelst direkter Mandatsklage auf Zession seines deßfallsigen Klagrechts belangen, aber dieß ist keine Verbindlichkeit des Verkäufers, da jener Bevollmächtigte — wie ein jeder Käufer — auch sonst, wenn er will, zediren kann, und geschehene Zession den Zessus nicht zum Schuldner eines neuen Gläubigers macht: l. 49, 2 a. p. 41, 2.

In Betreff der Publiziana widerspricht Ulpian l. 7, 2 Publ. 6, 2, aber in bloßer Folgerung aus der Ersitzungslage. Dennoch werden wir die letztre Stelle, die offenbar weniger elegante, als justinianeische Entscheidung darum auffassen müssen, weil sie im titulus ex professo steht. Auch ist sie Resultat spätrer Rechtsentwicklung. Paulus stellte erst die Ersitzungslage fest, Ulpian zog bereits Schlüsse daraus. Vor Paulus beachtete man nur die Nichtigkeit des Kaufs.

Kürzer sagt derselbe Paulus in l. 13, 1 u. 41, 3: „Eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est".

Die Hauptstelle über den generellen Titel pro suo bietet Neratius l. 5 pr. pro suo 41, 10: „Usucapio rerum etiam ex aliis (aber veris) causis (auch der Spezialtitel pro suo hat seine besondre Kausa) concessa, interim propter ea, quae nostra existimantes (Putativtitel, in abstrakter Bezeichnung) possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset". Wer also z. B. glaubt, mittelst Kaufs Eigenthum erworben zu haben, besitzt pro emptore und pro suo, und ähnlich verhält es sich mit allen übrigen Spezialtiteln: Ulp. l. 1 pr. pro suo 41, 10; vgl. Jul. l. 33, 1 u. 41, 3: si justam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit. — Erst die vollendete Ersitzung bringt übrigens das Pro suo zur Gewißheit des Käufers: vgl. l. 3, 4 a.

p. 41, 2; ob sie das pro emptore aufhören mache, ist zweifelhaft nach l. 1, 1 pro suo 41, 10, einer Stelle, welche sich übrigens bereits zur Bejahung hinneigt.

Wir wenden uns zum Titel pro herede. Vgl. Roßhirt im ziv. Arch. 9 (1826), 1. Arndts im rhein. Mus. f. Jurisprud. II. (1828) S. 125 ff. Vangerow §. 320 Anm. 1. Vorzüglich aber Huschke in Savigny's Z. Schr. 14 (1848), 7. Vor Allem ist hier wieder possessio nöthig.[1]) Detentoren von Erbschaftssachen demnach können dieselben nicht pro herede ersitzen, nicht einmal mittelst jener alten improba und lucrativa usucapio. Es müßte denn ein Rechtsgrund hinzutreten, d. h. sie müßten sich aus entschuldbarem Irrthum für die Erben erachten: vgl. l. 9, 1 Public. 6, 2. Der Satz also „Niemand könne sich selbst seinen Besitzgrund ändern" wurde auch von bloß natürlichem Besitz gleichmäßig verstanden: l. 2, 1 pro her. 41, 5.

Pro herede besitzt der wahre und der vermeintliche Erbe: Gai. 4, 144. Wer weiß, daß er nicht Erbe ist, besitzt pro herede zu seinem Nachtheil, nicht zu seinem Vortheil. So unterliegt er der hereditatis petitio und dem interdictum quorum bonorum; denn er kann sich auf seinen bösen Glauben nimmermehr berufen. Pro herede besitzt auch der bonorum possessor, denn die bona sind das thatsächliche Substrat der ideellen hereditas: l. 11 pr. h. p. 5, 3.

Schwierig ist Pomp. l. 1 pro her. 41, 5: Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit. — Titius und Mävius sind todt, Sempronius besitzt als Erbe des Titius Nachlaß: so kann von Ersitzung nur an solchen im Nachlaß thatsächlich liegenden Sachen die Rede sein, welche dem Titius nicht gehören. Gehören sie dem Mävius, so sollten sie nicht auch ersitzbar sein, falls Mävius noch

---

1) Der, nicht unangefochtene, Satz der gemeinen Praxis „Possessio continuatur in suum heredem sicut dominium" (Schurpf Conflien, 5. Ausg. 1612, II, 32) ist aus dem deutschen Rechte zu erklären, und nicht liegt ihm der römische Besitzesbegriff unter. — Lyncker, decisiones ed. 2 (1720) decis. 57: Jeder Erbe hat nach deutschem Gewohnheitsrecht von selbst den Besitz des Verstorbnen. „Tamen haec omnia valde fluctuant." Mynsinger (Ausg. von 1697) cent. 3 obs. 39 hält Partikulargewohnheiten, wonach der Erbe sofort auch Besitzer wäre, nicht für „unvernünftig".

lebt? Offenbar kann dieß nicht die Meinung des Pomponius sein. Oder: Sempronius hält den Titius, der z. B. verschollen war (c. 3 u. pro her. 7 29), vielleicht auf eine selbst offizielle Nachricht von dessen Tode hin, für todt. Nun besitzt er als Erbe „vivi, quem mortuum esse existimaverit, bona“: so kann er Nichts pro herede ersitzen, denn er ist nicht Erbe; es mangelt der Titel trotz des guten Glaubens; ja, es giebt keine Erbschaft eines Lebendigen, also ist er nicht einmal Erbschaftsbesitzer. Wie hier die pro her. usucapio daran scheitert, daß noch keine Erbschaft vorhanden ist, so ist sie ebenso unmöglich falls es keine Erbschaft mehr giebt. Z. B. was der wahre Erbe bereits als solcher besaß, hat keine erbschaftliche Natur mehr, kann daher nicht durch Dritte mehr pro her. ersessen werden: l. 29 u. 41, 3. Und niemals liegt eine Erbschaft vor, wenn sui heredes vorhanden sind: c. 2 u. pro her. 7 29.

Gegen die erbschaftliche Universalklage kann man sich nicht auf Ersitzung berufen.[1]) Die vollendete Ersitzung wird widerrufen, weggedacht: Gai. 2, 57. Dieß war ausdrücklich zu bemerken, weil jene Vollendung den Besitz in eine possessio pro suo strenggenommen umgestaltet, in dem Sinne, daß die Sache aufhört, corpus hereditarium zu sein. Daher jene Rechtsdichtung im Schema des interdictum quorum bonorum sich wiederfindet: l. 1 pr. qu. b. 43, 2 vv. „quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve si nihil usucaptum esset, restituas.“ Die Universalklage gewann nämlich in Folge des juventianischen Senatsschlusses eine persönliche Seite, persönliche Prästationen, durch welche die Surrogate der Erbschaftssachen mitbetroffen wurden: l. 25, 18 h. p. 5, 3. Gegen persönliche Klagrechte kann Ersitzung nicht schützen; das Unkörperliche, die Obligation, also auch die Befreiung von Obligation, ist unbesitzbar: c. 7 p. h. 3, 31.[2])

1) Damit ist nicht die usuc. pro her. beseitigt. Vgl. Unterholzner, rhein. Mus. f. Jurispr. 5 (1833), 2: Setzen wir z. B., daß ein Nichterbe, der die usuc. pro her. vollendet hat, den Besitz verliert, so steht ihm die Eigenthumsklage zu, falls die Sache nur nicht grade in des eigentlichen Erben Hände gekommen ist.

2) Hereditatis petitionem, quae adversus pro her. vel pro poss. possidentes exerceri potest, praescriptione longi temp. non submoveri. .... A ceteris autem (sc. res singulas ex hereditate possidentibus: Arndts

Aller erbschaftliche „Gewinn" ist selbst dem gutgläubigen Besitzer zu entreißen: l. 28 h. p. 5, 3. Durch Spezialtitel erworbne Erbschaftssachen dagegen werden von der Universalklage nicht berührt: c. 4 in q. c. cess. l. t. praescr. 7, 34.

Man darf nicht die Sache sich so vorstellen: die Verjährung der Erbschaftsklage mache den Besitzer aus Universaltitel zum Eigenthümer der erbschaftlichen Einzelsachen. Weder vermag die erlöschende Verjährung als Ersitzung zu wirken, noch bedarf es dessen. Denn ersessen hat Jener bereits früher, ein Widerruf der Ersitzung durch Klagerhebung aber hat nicht stattgefunden. Jetzt braucht er nie mehr herauszugeben, sondern hat die „vollste Sicherheit wegen seines Eigenthums": c. 3 ed. Hadr. toll. 6, 33.

Demgemäß giebt es keinen verus titulus pro herede. Sondern, ist man Scheinerbe, so ersitzt man auch wirklich Erbschaftliches nur pro suo. Der ächte Erbe bedarf hinsichtlich des Erbschaftlichen keiner Ersitzung; das Nichterbschaftliche ersitzt er aus dem geerbten Titel, oder, falls der Erblasser darüber noch nicht Ersitzungslage hatte, wie der Käufer die verwechselte Waare, pro suo. Ja, Sachen, vom Erblasser vollbesessen, aber mit einem Ersitzungshinderniß, z. B. mala fides,[1]) fallen trotz guten Glaubens des Erben in gar keine, auch nicht pro suo, Ersitzung des Letztren. Einen solchen Fall hat vor Augen, nur daß pro herede hier im weitern Sinne gesagt ist, Antonin's Reskript in c. 1 u. pro her. 7, 29: „Quum pro herede usucapio locum non habeat, intelligis, neque matrem tuam (Erbin), cui heres extitisti, neque te (Aftererbe) usu mancipia ex ea causa capere posse."

Da Digesten und Kodex besondre Titelrubriken „pro herede" haben, so ist es evident, daß das justinianeische Recht den Putativtitel als solchen anerkennt, des generellen Titels pro suo, der die Brücke schlug, nicht mehr bedarf. Es ist daher auch grundlos, mit Böcking § 146 Note 54 die l. 3 pro her. 41, 5 als fugitiv in

---

rhein. Mus. f. Jurisprud. II. [1828] S. 140 Not. 19) tantum specialibus in rem aa. (non etiam her. petitione) vindicari posse ...., si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit.

1) Auch die mala fides superveniens nocens des kanonischen Rechts macht nicht umgekehrt den bösen Glauben des Erblassers dem gutgläubigen Erben unschädlich: Struben, r. Bedenken 2, 101.

den Titel pro suo zu verweisen. Pomponius freilich sagt noch nicht: posse me „pro herede“ usucapere; aber so meint es Justinian. Der Titel pro herede oder pro suo beruht in Hinsicht auf die Einzelsache auf dem Putativtitel pro emptore im Falle der l. 5, 1 pro suo 41, 10: „si ob id aliquid possideam, quod servum ejus, cujus in locum hereditario jure successi, omisse id falso existimem.“ Der Name des Titels kann hier dreifach gewählt werden, ohne daß das praktische Resultat sich änderte.

Das alte Recht nahm die Erbschaft als solche als Ersitzungsobjekt an: Gai. 2, 54. Nachdem selbst dieß als unmöglich begriffen war, dauerte dennoch eine einjährige Ersitzung aller einzelnen Erbschaftssachen als praktische Konsequenz fort; einjährig auch an den Immobilien, denn die hereditas ist nicht fundus: Gai. 2, 53; ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben des Erbbesitzers: Gai. 2, 52. Diese Nichtberücksichtigung der Redlichkeit des Besitzers hatte ihren rechtspolitischen Grund, nämlich den Erben zu rascherem Antritt und praktischer Realisirung seines Erbrechts durch Einforderung des Nachlasses zu zwingen, im Interesse der Sakra und Gläubiger des Verstorbnen: Gai. 2, 55. Darum durchbrach auch nicht allein der Antritt, sondern erst die Besitznahme seitens des Erben diese eigenthümliche Ersitzung. Denn Sakra und Kreditores hatten nicht genug mit einem, vielleicht zahlungsunfähigen, Erben, sondern der mit dem Nachlaß ausgerüstete Erbe gab ihnen ihre Sicherung. Ihren lukrativen Charakter gegenüber dem Erben (Gai. 2, 56) verlor diese Ersitzung durch den juventianischen Senatsschluß, 129 nach Chr. G., l. 20, 6 h. p. 5, 3. Der Senatsschluß regelte die Erbrechtsklage, und faßte dabei besonders die Fälle veräußerter Erbschaftssachen, vergangenen Betruges, sowie die Fruchtfrage in's Auge. Den Anlaß bot ein Fall, in welchem die Scheinerben die Erbschaft im Einzelnen verkauft hatten, bevor der Fiskus die kaduken Theile einforderte. Der Senat beschließt: „Zinsen der eingekommnen Kaufgelder brauchten Jene nicht zu zahlen; diesem Ausspruch sollte allgemeine Gültigkeit, also auch für zukünftige ähnliche Fälle, zustehen. Dagegen müßten die Fiskalverklagten jenes Erlöste auch dann ersetzen, wenn selbst vor der Litis Kontestation dasselbe verloren (oder unter-) gegangen oder vermindert wäre.“ — Denn auf die „Erlöse“ ist die Klage nicht

als dingliche gerichtet, „Geldschulden" aber gehen von der Fungibilität des Geldes aus. — „Die bösgläubigen Erbschaftsbesitzer sollten unter die Grundsätze der ficta possessio fallen, wegen alles selbst vor der Litis Kontestation entäußerten Erbschaftsgutes. Dagegen die aus entschuldbarem Irrthum gutgläubigen dürften nur den Gewinn ersetzen." — Die Mittelklasse, der aus unentschuldbarem Irrthum gutgläubigen, fehlt. — „Die Litis Kontestation soll hier zählen von der Denunziation, oder Evokation literis vel edicto, an."

Trotz des juventianischen Senatsschlusses vollendet sich die pro herede Ersitzung immer noch ipso jure gegenüber auch dem wahren Erben; nicht tritt sie, von jeher, ein, gegenüber dem suus, wohl gegenüber dem necessarius nec suus heres: Gai 2, 58. Denn, obwohl dieser keines Antrittes bedarf, so wird er doch nicht durch den Tod des Hausvaters frei in seinem Rechte, sondern er muß das Testament geltend machen, in welchem er wie ein Sohn behandelt ist durch (Freierklärung und) Erbeseinsetzung. Obwohl das Vorhandensein einer „Erbschaft" auch hier geläugnet wird, so beruht dieß doch nur auf einer Rechtsdichtung. In Wahrheit nämlich und nach Außen hin ist eine Erbschaft vorhanden, sobald sui des Verstorbenen fehlen. — Vgl. Gai. 3, 201: „Rursus ex diverso rem alienam (nicht ist an freiwillige Erben gedacht; diesen gegenüber sind die Erbschaftssachen vielmehr nullius als alienae) occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri (trotz des animus lucri faciendi. Die Behandlung in diesem Punkte ist also gleich der des freiwilligen Erben), velut res hereditarias quarum non prius nactus possessionem (wie beim freiwilligen) necessarius heres esset. Nam necessario (nec suo) herede extante placuit (obwohl die Erbschaftssachen niemals jetzt herrenlos waren), ut pro herede usucapi possit".

Die Unsterblichkeit der auf den einzelnen Privatvermögen ruhenden Sakra zu sichern, war das Bestreben der alten Pontifizes: Cic. ll. 2, 19, 47. Nach dem Tode des Opferpflichtigen ordneten die Klassen der in die Verpflichtung eintretenden sich also: 1) die Erben — 2) qui morte testamentove ejus tantundem capiat quantum omnes heredes — 3) Si nemo sit (= adeundo existat)

heres: is, qui de bonis, quae ejus fuerint quum moritur, usuceperit plurimum possidendo. — Die pro her. usucapio ſchafft alſo, falls der Erbe ſich nicht zwingen läßt der Erbſchaft ſich anzunehmen, einen andern Sakralpflichtigen. — 4) Subſidiär: de creditoribus ejus qui plurimum servet: §. 48 ib. — 5) Zu letzter Linie wird des Verſtorbenen Schuldner, welcher an Niemanden zahlte, ſo betrachtet, als habe er den Schuldbetrag aus der Erbſchaft entnommen: §. 49 ib.

So lernte das zizeronianiſche Zeitalter die Sache von Skävola, während die Alten nur drei Klaſſen aufſtellten: 1) die Erben — 2) Si majorem partem pecuniae capiat (iſt gleich Nr. 3 oben) — 3) Si major pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit: Kap. 20 ebend. — Hier fehlen Gläubiger und Schuldner, und allerdings kapiren ſie nicht von Todeswegen. Auch mögen die ältren Kreditverhältniſſe nicht ſo weſentlich auf das Vermögen influirt, Forderungsrechte und Schulden nicht einen Haupttheil des Vermögens gebildet haben.

Weit in der Philoſophie hat Seneka es nicht gebracht, wenn er (de benef. 6, 5) den Juriſten als ſpitzfindigen Unverſtand vorwirft, daß ſie die Erſitzbarkeit der „Erbſchaft" läugnen, die der „Erbſchaftsſachen" behaupten. „Als wären Erbſchaft und Summe der Erbſchaftsſachen Zweierlei!" Der „Philoſoph" hat freilich nicht einmal gelernt, mittelſt des einfachſten dialektiſchen Prozeſſes Begriff und Körper zu ſcheiden; noch weniger ahnt er, daß es unerſitzbare Forderungsrechte giebt. Auch Seneka würde demnach um ſo mehr im Stande ſein, Heerden zu ſehen.

Warum aber bedurfte es überhaupt noch erſt einer Erſitzung, da Erbſchaftsſachen, bevor der Erbe auftritt, in Niemandes Vermögen ſind? Gai l. 1 pr. d. r. 1, 8. Die Unmöglichkeit eines Furtum an ſolchen Sachen dauerte gradeſolange wie deren Ergreifbarkeit pro herede, nämlich bis der ächte Erbe ihren Beſitz erlangte: l. 2, 1 exp. her. 47, 19. Und l. 6 ib. ſtellt in jener Hinſicht die Erbſchaftsſache der „ohne Herrn" gleich; in Wahrheit iſt ſie ex jure Quiritium des Erben, in bonis nullius. Jenes ex j. Qu. anlangend, denke man wegen der Teſtamentserben an die Manzipation, wegen der Manzipation an die necessarii nec sui. Erſt der Beſitzerwerb (vgl. Tradition u. dgl.)

verschafft auch dem quiritarischen Herrn das In bonis; mittlerweile ist das Letztre okkupirbar, und wirkt, wie immer, Ersitzungslage. Vgl. Gai. 3, 80: Neque autem bonorum possessorum res pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur. Ex jure Quir. autem ita demum adquiruntur si usu ceperunt.

Die improba pro her. usucapio ward nie ausdrücklich aufgehoben. Aber, als Mark Aurel, vielleicht nicht einmal zuerst (vgl. l. 1 exp. her. 47, 19), im Senate redend, die „Ausplünderung einer Erbschaft" zu einem außerordentlicher Weise klag- und strafbaren Verbrechen stempelte, als dieses Verbrechen durch die Wissenschaft dem Furtum genau nachgebildet wurde, nur als ein besondrer Anwendungsfall des gleichen Rechtsgrundsatzes fortan erschien: da war die alte Lehre so unheilbar durchbrochen, daß nur der gänzliche Mangel praktischen Interesses die römischen Rechtsgelehrten abgehalten zu haben scheint, den Wegfall der improba usucapio zu notifiziren, sowenig wir den Gaius tadeln können, wenn er in seinen theoretischen Anfangsgründen diese Ersitzung als fortdauernd („ipso jure") charakterisirt. Möglich, daß Gaius das crimen expilatae hereditatis noch nicht kannte; möglich endlich, daß erst Justinian mit Absicht alle Erinnerung an die improba usucapio ausmerzte.

Rückersitzung früheren Eigenthums hieß usureceptio. Die sämmtlich veralteten Usurezeptionen schließen sich an die veraltete pro-herede-Ersitzung durch den gemeinsamen Zug an, daß man wissentlich fremde Sachen ersaß. Die Usurezeption geschah fiduciae causa oder ex praediatura:

1) Wer sein Eigenthum fiduciae causa durch Manzipation oder In Jure Zession übertrug, konnte, falls er besaß, zurückersitzen, selbst das Immobile binnen Jahresfrist: Gai. 2, 59. Das In bonis hatte er behalten; darum wird als Eigenthumsübertragungsform dort die Tradition auch nicht für Nec Manzipi Res erwähnt. Das eine Jahr für Immobilien erklärt Böcking §. 146 Note 74, mehr mystisch als aufklärend: „eben weil ein Bestandtheil der Familia zurückersessen wird." Vielleicht war vor dem Tafelgesetz Usus auctoritas die einjährige Ersitzung ausnahmslos; darum warf man noch später im Zweifel Alles unter die „ceterae

res", deutete den „fundus" so strikt, daß es sogar eines wissenschaftlichen Anlaufes bedurfte, um nur „aedes" als darunter gehörig zu interpretiren. So könnte für die Usurezeptionen, von denen jenes Gesetz nicht redet, die Jahresfrist fortdauernd und durchweg gültig geblieben sein. Aber diese Erklärung scheitert an dem biennium der ex praediatura usureceptio. — Gegenstand für Verpfändung und Hinterlegung waren ursprünglich nur Mobilien. So erklärt sich, verglichen mit der Prädiatur, die Unterscheidung der Usukapionsfristen im Tafelgesetz in ihrer Anwendung auf die Usurezeptionen. Die usureceptio fiduciae causa stand auf Seite der Mobilar-, die ex praediatura auf Seite der Immobilar-Ersitzung. Dieß erhielt sich als herkömmlich festgestelltes Recht auch als man späterhin Grundstücke verpfänden [1]) lernte.

Mit Fiduzia ward kontrahirt entweder mit dem Gläubiger durch Einräumung eines Pfandrechts (pignoris jure), oder mit dem Freunde damit er unsre Sachen verwahrend dieselben um so besser schützen könne. Dort muß, damit die Rückersitzung eintrete, die Schuld überdieß getilgt oder doch der Besitz in vollständiger nichtvitiöser Weise beim Schuldner geblieben oder demselben wieder zugekommen sein. Nichtvitiös, d. h. er darf kein Prekariobesitz sein. Die l. 16 obl. et act. 44, 7 Julian's redet von Manzipi Res („fundum vel hominem"), und behandelte ursprünglich unsre mancipatio fiduciae causa cum creditore facta. Vgl. die Worte „ita precario dando efficit, ne res usucapi possit" und „etsi commodaverit vel deposuerit." Ohne Schuldtilgung, schließt sich diese Ersitzung als lukrative (Gai. 2, 60) an die alte pro herede Ersitzung auch dadurch an, daß der besitzergreifende Schuldner kein Furtum begeht: Gai. 3, 201. D. h. kein furtum rei ipsius; nur dieses relevirt für Ersitzbarkeit, und nur dieses kann das römische Recht vor Ausbildung seiner Wissenschaft gekannt haben.

2) Falls der Staat eine ihm verpflichtete Sache verkaufte, und der alte „Eigenthümer" dieselbe besaß, ersitzt er sie, aber das

---

1) Auch das ältre deutsche Recht kennt formelle Eigenthumsübertragung behufs Verpfändung, an Grundstücken. Dieß hieß „per pignus infiduciare": z. B. Muratori antiqq. med. aevi 2 (1774) p. 248, v. J. 1053.

Immobile erſt nach zwei Jahren. Wir erkennen als Grundlage hier ebenfalls ein Pfandrecht. Die Stelle bei Gellius 16, 10 leſen wir mit Böcking §. 146 Note 77 alſo: „Sed quoniam res familiaris pecuniaque obsidis vice pignorisque esse apud rempublicam videbatur rell.“ — Ex praediatura possessio usurecipitur. So die Quellen; aber beſonders dieſe Wendung iſt ein „volgo dictum“, wie im Deutſchen „Grundbeſitz“ für „Grundeigenthum.“ Wer vom Staat die Waare an ſich bringt, heißt Prädiator: Gai. 2, 61. So erklären ſich hier die zwei Jahre; von vornherein war dem Staate vorzüglich durch Grundſtücke Sicherheit zu leiſten. Der Erwerb vom Staate verleiht Eigenthum ex jure Quiritium; das In bonis verblieb auch hier zunächſt dem bisherigen Eigenthümer: daher die Erſitzungslage. — Von der ebenfalls veralteten Erſitzung propter Rutilianam constitutionem war bereits in der Lehre von der Manzipation die Rede.

§. 22. Bona fides bedeutet in der Erſitzungslehre zunächſt, für Derivativerwerb, den Glauben, daß der Auktor Eigenthum geben könne. So kann der geflüchtete Sklave, als Selbſtauktor ſeiner thatſächlichen Freiheit, ſchon um ſeines böſen Glaubens willen nicht ſich ſelbſt erſitzen: c. 1 l. t. praescr. pro lib. 7, 22. So iſt hier bona fides

1) entweder das Nichtwiſſen, daß die Sache einem Dritten gehört, daß der Veräußrer, obwohl Eigenthümer, diſpoſitionsunfähig,[1]) z. B. Mündel ohne Vormund oder mit falſchem Vormund iſt: Paul. l. 27 c. e. 18, 1: Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit. At qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit. — Ein andres Beiſpiel giebt l. 7, 5 pro emptore 41, 4: Qui sciens emit ab eo, quem praetor (alienare vetuit: l. 12 u. 41, 3) ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet. — Vgl. l. 26 c. e. 18, 1: Kaufe ich wiſſentlich von einem

1) Pellat (propriété 1853) p. 16 note 2: La bonne foi est la croyance où est le possesseur, que celui qui lui a livré la chose était propriétaire et pouvait aliéner. — Du Caurroy iſt dieſer Auffaſſung ſeit der 6. Auflage ſeiner institutes expliquées beigetreten.

interdizirten Verschwender oder vom deliberirenden Erben der nicht deminuiren darf: so werde ich nicht „Eigenthümer"; wohl, wenn ich von dem Schuldner des Titius kaufe, wissend daß der Gläubiger betrogen wird. — Das Moment des Interdizirtseins fehlt, und fällt darum die Entscheidung entgegengesetzt aus in l. 8 pro emptore 41, 4: Es hindert die bona fides nicht, wenn der Käufer weiß, der Verkäufer verkaufe nur, um Geld zu unsittlichen Zwecken zu bekommen. —

2) oder der Glaube, daß der Veräußrer (Verkäufer) Prokurator (z. B. l. 14 pro emptore 41, 4) oder Vormund (tutor u. s. w.) sei, und so oder sonstwie, z. B. als Pfandgläubiger, Veräußerungsrecht (Verkaufsrecht) fremden Eigenthums habe: l. 109 v. s. 50, 16. Das Nichtwissen, daß die Sache einem Andren, als Demjenigen, in dessen Namen veräußert wird, gehört, ist auch hier unerläßlich.

Die erstre Funktion des guten Glaubens erhellt, auf das Deutlichste vom Titel unterschieden, aus l. 2, 1 pro empt. 41, 4: Gesondert ist Besitzes- und Ersitzungsgrund. Denn z. B. wer, obwohl wissentlich die Sache eines Dritten, kaufte: ist Käufer und besitzt als solcher; seiner Ersitzung aber steht der böse Glaube im Wege.

In Betreff der zweiten Funktion des guten Glaubens aber ist wichtig die l. 5 pr. pro. der. 41, 7 des Pomponius: Titius besitzt die Sache des Mävius. Sempronius erfährt, daß Mävius dieß Eigenthum aufgebe. Er handelt daher dem Titius, der die Sache vielleicht nicht einmal wohlerworben hatte, nicht in Ersitzungslage war, gar des guten Glaubens ermangelte, die Sache ab: so erwirbt er deren Eigenthum, oder, falls Mävius nicht wirklich, sondern nur nach Sempronius' Meinung Eigenthümer war, den Usukapionsbesitz. — Oder: Beim Titius befindet sich eine Sache, etwa von dessen Vater her, als Depositum gegen Schein, von einem ungenannten oder doch dem T. unbekannten Dritten her bezeichnet. T. kann nicht ersitzen. Es verfließen lange Jahre. Sempronius erkundet, daß der Deponent oder dessen Erben das Depositum längst aufgegeben haben. U. s. w. — Oder: Mävius will dem Titius schenken, ohne daß dieser, der es nicht annehmen würde, darum merkte (vgl. Lessing Minna

v. Barnhelm Akt 3 Szene 7). Er bittet ihn also, die Sache zu bewahren, erlaubt ihm sie zu gebrauchen. T. kommt in Noth und verkauft an Sempronius. Dieser ist in gutem Glauben a) falls er glaubt, T. sei Eigenthümer — b) falls er glaubt, M. sei Eigenthümer, und gleichzeitig um des M. Willen weiß. Denn, sagt der römische Rechtsgelehrte, auch wenn ich eine Dir von Deiner Frau geschenkte Sache wissend werde gekauft haben, so gilt dasselbe, da Du sie eigentlich mit Willen und Genehmigung des Eigenthümers verkaufst.

Bona fides, Redlichkeit des Erwerbes, in beiden Funktionen, macht den Titel erst stark zu Begründung des Usukapionsbesitzes: c. 7 a. p. 7, 32: Reskript Diokletian's und Maximian's: „Improba possessio firmum titulum possidendi nullum praestare potest. Unde ingredientem in vacuam possessionem alieni fundi non consentiente domino vel actore qui ejus rei concedendae potestatem habuit, causam justam possessionis adipisci non potuisse certum est.“ Ebenso, falls der wirkliche Käufer den nicht übergebnen Besitz eigenmächtig ergreift. Behauptet er nur fälschlich, Käufer zu sein, ist aber wirklich Darlehensgläubiger, so erwirbt er um so weniger ein Retentionsrecht: c. 9 ib. Dagegen ein Furtum an der Waare begeht derjenige Käufer nicht, welcher vorher den Preis zahlte: l. 14, 1 furt. 47, 2. Er ist nicht Prädo: l. 126 pr. r. i. 50, 17; diese Stelle steht in ihrem ursprünglichen Zusammenhange in l. 13, 8 h. p. 5, 3: Wer wissend eine fremde Erbschaft kaufte, besitzt gewisser Maaßen pro possessore, und also geben Einige gegen ihn die Erbrechtsklage. Aber dieß ist falsch; er kann kein Prädo sein, da er den Preis zahlte. Nicht hat er fremdes Erbrecht sich angemaaßt. Er hat nur gekauft. Also setzt er sich nur, als ein Universalkäufer, der utilis hereditatis petitio aus. — Der Sinn der l. 126 pr. cit. ist also am Wenigsten der, daß, wer den Kaufpreis zahlte, nun schon ersitzen könnte, nämlich auch wenn er wußte die Sache gehöre nicht seinem Verkäufer. Liegen aber die Ersitzungserfordernisse sämmtlich vor, so kann gleichwohl kein Käufer ohne Preiszahlung oder Gleichstehendes ersitzen.

Innerhalb der ordentlichen Ersitzung *ersetzt* der gute Glaube den Titel nie:[1]) c. 3 u. pro don. 7, 27: „Irritam facere donationem perfectam nemini licet. Utque hoc verum est, sic *error falsae causae ratione* (durch Berufung auf) *bonae fidei* non defenditur (wohl durch *besondren* Nachweis der Entschuldbarkeit des Dafürhaltens, der Titel sei wahr). Quod et in *dominio* pro donato *usucapione quaerendo* servatur.“ Ueber die richtige Lesart vgl. *Böcking* §. 147 Note 8.

Guter Glaube ist eine Position, nicht also die bloße Negation des bösen Glaubens. Gar kein Glaube ist weder gut noch böse. Darum wird zwar Besitz durch den Prokurator dem unwissenden Vertretenen, Ersitzungslage dagegen nur dem wissenden erworben: l. 49, 2 a. p. 41, 2. Vgl. *Vangerow* §. 321 Anm. 2. Hieraus erhellt auf's Neue, daß bona fides nicht als Erforderniß des Besitzanfanges bezeichnet werden darf: *Scheurl* Beiträge 1 S. 222. — Nur für Pekuliarerwerb drang die entgegengesetzte Meinung durch: l. 47 u. 41, 3; diese Stelle ist im Ganzen mißverstanden von *Fritz* in *Linde's* Zeitschrift 3 S. 438 f. Hier ist also selbst der Glaube des Untergebenen dem Herrn als Erwerbsinstrument dienstbar.' Arg. a contr. c. 1 a. p. 7, 32 vv. „per liberam personam.“ Denn das Pekul bleibt Vermögen des Gewalthabers: l. 7, 8 pro empt. 41, 4: „Et si peculii nomine, quod nos sequi debet, emptio contracta fuerit, etiam ignorantes usucapiemus.“ Der Glaube des Untergebenen entscheidet in allen das Pekul betreffenden Rechtsgeschäften, zu welchen er befugt ist. In diesem Sinne hat er das Pekul *in eigenem Namen* inne: arg. l. 31, 3 u. 41, 3; in dieser Stelle gehört der Fall mit „meo nomine“ zu „possideam“, der mit „peculiari nomine“ zu „usucapiam.“ Der wissentlich Freie vermag nicht seinen Geist, sondern nur seinen Körper in diese Abhängigkeit zu setzen. Der dem gutgläubigen Herrn dienende Freie steht hier wie sonst hinsichtlich des aus unserm Vermögen (Pekul) für uns zu verwirklichenden Erwerbes

1) Eine tüchtige Scheidung des Titels vom Glauben hat *Stintzing* durchgeführt, und es ist zu hoffen, daß die gemeine Praxis darauf achten wird. Die Verwirrung beider Begriffe steigerte sich zur Identifizirung in *Schrader's* Consilien (1607) 4. 40.

dem ächten Sklaven gleich: l. 7, 8 s. c. Diese Gleichstellung ist allerdings gewisser Maaßen irrationell, wie der Fruchterwerb durch den gutgläubigen Sachbesitzer mittelst Fruchtlösung, also ebenfalls ohne Erforderniß seines Wissens; oder wie dessen gleichförmige Ersitzungslage an Zuwachs, z. B. am Kinde der Sklavin. Ja, in noch höherem Maaße, da der Freie keine Sache ist. Aber die Singularität war wegen des großartig betriebenen und nie ruhenden Sklavenhandels, wo leicht Freie für Sklaven ausgeboten wurden, öffentliches Bedürfniß. Daher wendete man sie auf Scheinhauskinder keineswegs an, denn weder waren solche Fälle häufig: l. 44 pr. u. 41, 3, noch war hier je ein Kaufpreis gezahlt, also die eventuelle Kalamität keine legislatorische Rücksicht werth.

Das vitium im Pekuliarerwerb des Untergebenen schadet dem Herrn: l. 2, 11 pro empt. 41, 4. Vitium ist hier mala fides, also „clam domino“: vgl. l. 2, 10 pro empt. 41, 4, der subjektive Thatbestand zum Furtum: vgl. l. 6 pr. a. p. 41, 2. Entzieht der Herr dem Untergebenen später das Pekul, so nutzt sein guter Glaube ihm Nichts (da der „Besitz“ seine alte Grundlage des Erwerbes behält, jene Entziehung keine Uebertragung, kein neuer Erwerbsgrund ist: l. 2 cit §. 12), mag selbst der Untergebene das Erworbene dem Herrn in pactionem libertatis geben: §. 14.

Wer auf eignen Namen Nichts ersitzen kann, vermag Dieß auch nicht mittelst seiner Sklaven: l. 8, 1 u. 41, 3. Aber Willens- und Handlungs-Unfähigkeit begründen keine Recht-, keine Vermögens-Losigkeit, also auch nicht eine persönliche Ersitzungsunfähigkeit. So kann das Kind, der Wahnsinnige, die Erbschaft, auf jenem Wege ersitzen: l. 1, 5 a. p. 41, 2; demnach ist „peculiariter“ zu ergänzen in l. 28 u. 41, 3. Dieß kann bei Pekuliarerwerb nicht vorkommen, daß, indem der Stellvertreter Besitz ergreift, bis zu unserer Kenntnißnahme des Vorfalls ein Zustand vorliegt, in welchem von Niemanden ersessen wird: l. 8 pr. ib.: ea, quae servi peculiariter nacti sunt, usucapi posse, quia haec etiam ignorantes domini usucapiunt.

Wie der Erbschaft mittelst Pekuliarerwerbs durch Sklaven (l. 1, 5 cit.), ebenso kann auch demjenigen Vermögen eine Ersitzungslage erworben werden, dessen Rechtsträger mit Heimkehrsfähigkeit sich in Kriegsgefangenschaft befindet: l. 29 capt. 49, 15.

Zwar verliert der Kriegsgefangne Recht und Besitz, aber die entwickelte Rechtswissenschaft erkannte an, daß die Sachen im Vermögen blieben, welches ja dem Kriegsgefangenen nicht folgte. Starb er somit in der Gefangenschaft, so brauchten die Rechtsnachfolger nicht erst neue Ersitzung zu beginnen: sie bekamen eben jenes, nie erloschene, in sich fortlebende Vermögen: l. 15 pr. u. 41, 3. Sachen aber, welche der Kriegsgefangene vorher durch sich selbst, nicht durch seine Knechte besaß, hörten mit Eintritt der Gefangenschaft auf, besessen und ersessen zu werden: Julian und Tryphonin in l. 12, 2 capt. 49, 15, Papinian in l. 19. 20 ex q. c. maj. 4, 6. Marzell läugnete dieß; ihm war das Vermögen des Kriegsgefangenen erbschaftsgleich. Hierbei war die Möglichkeit der Heimkehr vergessen; verwirklichte sie sich, so war es klar, daß nie eine Erbschaft existirt hatte; ein Lebender wird nicht beerbt. Auch unterscheidet sich der einfach Verstorbene von dem Kriegsgefangenen dadurch, daß er mindestens nicht Sklave wird; dort kann also das „Vermögen" in breiterem Sinne fortdauern als hier. Sollte aber Marzell nicht kraft der zivilen Restitution des Heimkehrenden Recht behalten? Nein; die Ersitzungslage ist noch kein in sich abgeschlossenes Vermögensrecht, überdieß müßte sie das Recht (Eigenthum) des Dritten zerstören.

Vollkommen richtig sagt l. 11 u. 41, 3: Es besitzt weder der Sklave noch auch durch denselben der Kriegsgefangene. — Dieß schließt die Fortdauer der Ersitzung im Vermögen nicht aus.

Erfährt ein Herr den Pekuliarerwerb seines Untergebenen, so ist nach römischem Rechte sein böser Glaube unschädlich. Umgekehrt, war er im Erwerbs- (beim Kaufe auch im Kaufs-) Momente bösgläubig, so nützt der gute Glaube des Untergebenen Nichts: l. 2, 13 pro empt. 41, 4. Denn das Zulassen des Erwerbs ist Selbstwollen; man vergleiche z. B. die Auslegung und Tragweite des jussus in der quod jussu actio. Böser Glaube des um den Erwerb unwissenden Herrn ist undenkbar: Arndts Pand. §. 160 Anm. 3. — Daß im Falle bösen Glaubens des Hausvaters der gute Glaube des Hauskindes Nichts nütze, besagt l. 43, 1 u. 41, 3; gewiß nicht darf sie so verstanden werden, daß nicht ersessen werde falls bei bösem Glauben des Kindes der um den Erwerb gleichzeitig wissende Vater den guten Glauben hat.

Auch für fürsorglichen Erwerb seitens des Vormunds entscheidet, bei Willensunfähigkeit des Mündels, der Wille und Glaube des Vormunds. Gemeinden sind streng genommen nicht nur willens-, sondern auch besitzesunfähig; nicht einmal ihre eignen Sklaven besitzen sie. Dennoch ließ man Besitz und Ersitzung der Gemeinde an ihrem Sklavenpekuliarerwerb zu: l. 1, 22 a. p. 41, 2. Daraus schließt die neuere klassisch-römische Rechtswissenschaft, daß jener Grundsatz unbrauchbar geworden sei, und demnach der Gemeinde Besitz und Ersitzung auch mittelst freier Vertreter erworben werde: l. 2 ib. Bei alledem blieb ein Wille und Glaube der Gemeinde undenkbar, und entscheidet also die Fides des Vertreters.

Fällt in den Lauf der Ersitzung eine Besitzesunterbrechung, so beginnt, falls später der Besitz wieder aufgenommen wird, eine neue Ersitzung mit dem Erforderniß eines neuen guten Glaubens; in l. 7, 4 pro empt. 41, 4 ist mit Haloander und der Vulgata (Vangerow §. 321 Text 5) „dissimilis", kritisch genauer mit Böcking §. 148 Note 40 „nam similis" zu lesen. — Um so mehr, erwirbt der Bösgläubige vom Gutgläubigen, so kann Jener nicht ersitzen: l. 2, 17 ib. Der böse Glaube des Vormannes kann dem Nachfolger weder schaden, noch, zur Zurechnung der Ersitzungszeit, nützen: l. 5 pr. div. t. praescr. 44, 3.

Die Erbschaft vollendet die beim Verstorbenen begonnene Ersitzung, wenn gleich der Erbe noch nicht antrat: l. 30 pr. ex q. c. mai. 4, 6, geschweige denn bereits besaß; falls nur nicht ein Dritter besitzt: l. 6, 2 pro empt. 41, 4. Nicht einmal braucht ein Erbschaftssklave die Sache mittlerweile innezuhaben. Ja sogar „Dereliktion" oder „Besitzverzicht" seitens des etwa innehabenden Sklaven hindert darum nicht, weil der Sklave Eigenthum oder auch nur Besitz selbst nicht hat, folglich auch nicht aufgeben kann: l. 7 pr. ib. — Da der Erbe (oder prätorische Universalnachfolger: l. 2, 19 ib.) nicht zu besitzen braucht, so relevirt sein Glaube nicht. Der Erbe als solcher bedeutet lediglich des Erblassers vermögensrechtliche Persönlichkeit, so sehr, daß, falls z. B. gegen den Erblasser Restitution zustand, weil er in Staatsgeschäften abwesend, etwa Soldat, war, diese Restitution sich richtet auch gegen die durch den vollkommen belangbaren Erben vollendete Ersitzung: l. 30 pr. ex q. c. maj. 4, 6. Mithin nützt und (c. 3 comm. de usucap.

7, 30) schadet der Glaube des Verstorbenen dem Erben, dessen Eintritt Nichts als eine zeitliche Fortsetzung alter Ersitzung bedeutet: §. 12 J. u. 2, 6; in l. 4, 15 u. 41, 3 ist Furtum, oder doch böser Glaube des Erblassers, vorausgesetzt; und c. 11 a. p. 7, 32, soweit sie auch auf Ersitzung bezüglich ist, versteht (arg. „a majoribus") unter dem Auktor nur den Erblasser. Der Erbefall, auf welchen die Begriffe von Vermögens-Veräußerung und -Uebertragung keineswegs passen (l. 22 u. 41, 3), war somit der unbedenklichste Fall von Zuwachs der Ersitzungszeit: l. 14, 1 div. t. praescr. 44, 3; von ihm allein konnte das „consistere in sola aequitate" (pr. ib.) sicherlich nicht gelten. — Dieß Alles bleibt wahr, so wenig der Erbe sonst in die durch die Umstände des erblasserischen Besitzerwerbes begründeten Obligationen (Delikt, Prekarium) eintreten mag: l. 11 ib.

Der Verkäufer schuldet zwar nicht die Eigenthumsübertragung: aber ein „Kaufgeschäft" über körperliche Sachen, bei welchem bedungen wäre, das Eigenthum solle, durch die Erfüllung des Vertrages von beiden Seiten, nicht des Käufers werden, ist kein Kaufgeschäft. Wer demnach wissend die Sache eines Dritten verkauft, kann, selbst ohne Entwährung, vom gutgläubigen Käufer, und zwar dann auf dessen Interesse, daß die Sache (die er z. B. verpfänden will) nicht sein Eigenthum wurde durch die Erfüllung, verklagt werden.

Weil aber die Erfüllung aus dem Kaufe, der Verpflichtung entsprechend, nicht Eigenthumsübertragung bedeutet: so kann sie diese Bedeutung nur dadurch gewinnen, daß der Verkäufer wirklich Eigenthümer ist. Wer nun kauft im Glauben an das Eigenthum des Verkäufers, für den bedeutet die Erfüllung Eigenthumserwerb, falls nicht mittlerweile er seinen Irrthum erkannte. So tritt er in Ersitzungslage; so ist aus der Natur des bonae fidei negotium, des Kaufs, die b. f. auch für die Ersitzung begründet. Darum ist auch zur Kompetenz der publizianischen Klage aus dem Kauftitel diese eigenthümliche b. f. erforderlich.

Schwierig ist l. 10 pr. u. 41, 3: „Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis (scil. „tantum"?) initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an (scil. „etiam"?) traditionis? Et optinuit Sabini et Cassii sen-

tentia, traditionis initium spectandum.“ Die eingeklammerten Wörtchen brauchen für den Sinn dann nicht ergänzt zu werden, wenn wir „initium“ ins Auge fassen und übersetzen: „Ist die Sache eines Dritten gutgläubig gekauft, so muß, damit sie ersessen werden könne, der gute Glaube nicht bis zum Kontraktszeitpunkte, wohl aber von da bis zur Uebergabe vorliegen.“ Denn die nach der Uebergabe eintretende Wissenschaft um das Dritteigenthum hindert nach römischem Recht die Fortdauer der Ersitzungslage nicht: l. 48, 1 a. r. d. 41, 1.

Der böse Glaube des Käufers schadet Nichts, falls der Dritte, den er für den Eigenthümer hält, vor der Uebergabe das Geschäft gutheißt: arg. l. 44, 1 usuc. 41, 3.

Oft wird behauptet, auch ohne Preiszahlung oder deren Surrogate könne der Käufer ersitzen. Allerdings enthielt das Edikt über die publizianische Klage Nichts von diesem Erforderniß, und es lag daher nahe, der Vermuthung Raum zu geben — und mehr thut der römische Jurist hier nicht —, es sei möglicher Weise auch der Wille des Prätor's, daß von diesem Erfordernisse abgesehen werden müsse. Aber die publizianische Klage geht mit der Ersitzbarkeit nicht durchaus Hand in Hand. Offenbar kann z. B. Derjenige, welchem ein Erblasser die Sache eines Dritten, die dem Erblasser zu gehören schien, vermachte, dieselbe mit der Publiziana jedem dritten Besitzer, welcher schwächeres Recht hat, abfordern, auch ohne daß er sie schon besaß; er wird aber nicht schon, ohne Besitz, dieselbe ersitzen. Das Gleiche gilt von dem beim gutgläubigen Besitzer gezeugten aber anderswo geborenen Kinde der gestohlenen Sklavin. Ebenso hinsichtlich Dessen, was unser flüchtiger Sklave dem Nichteigenthümer aberwarb. — Aber es tritt auch die Ersitzung, im Gegensatze zur Publiziana, dem Eigenthümer selbst entgegen. — Die Publiziana beginnt mit der Wegräumung von Erfordernissen des Eigenthumserwerbs (Vollendung der Ersitzungszeit), aber alsbald zählt sie umgekehrt und positiv die Voraussetzungen der Zuständigkeit ihrerselbst auf. Aus letztrer Ausdrucksweise schließt der Jurist, man könne die, nicherwähnte, Preiszahlung für unnöthig erachten. Freilich möchten die Ediktsworte „nondum usucaptum“ bei näherer Betrachtung ihm diesen Schluß wieder zweifelhaft gemacht haben.

Denn dieſe Worte haben ſicher nicht den Sinn, dem wahren Eigenthümer die Publiziana zu verſagen; ſie können alſo nur bedeuten, daß die Publiziana dem in unvollendeter Erſitzung Begriffenen, da dieſer die Eigenthumsklage noch nicht hat, gegeben werde.

Wer mehrere Sachen kauft, und weiß daß einige derſelben einem Dritten gehören, nicht aber weiß welche dieß ſind, erſitzt keine: l. 6, 1 pro empt. 41, 4. Ebenſo verhält es ſich mit realen (l. 4 pr. ib.) oder idealen (§. 1 ib. l. 43 pr. a. p. 41, 2) Theilen, z. B. eines Grundſtücks.

Daß die in den Lauf der Erſitzung fallende Erkenntniß, ein Dritter ſei Eigenthümer, nicht ſchade, iſt noch in c. 15 §. 1 C. 16 qu. 3 ausdrücklich anerkannt. Der heilige Auguſtin erklärt freilich ſchon in ſeinem Buche über den Glauben und die Werke: „In der Rechtslehre von Grundſtücken heißt Einer ſo lange mit vollſtem Recht gutgläubiger Beſitzer, als er nicht weiß daß er Fremdes beſitzt (b. f. an ſich richtig erkannt!). Quum vero scierit nec ab aliena possessione recesserit: tunc malae fidei possessor perhibetur, tunc juste injustus vocatur“. So ändert, ebenſo bewußter Maaßen auf Grund des Begriffes „b. f. possessor“, Alexander III. i. J. 1180 das ältre Recht ab, in cap. 5 X praescriptt. 2, 26. Vgl. Vangerow §. 321 Anm. 1. Dieſe Aenderung bezieht ſich auch auf die außerordentliche Erſitzung; arg. vv. „nulla antiqua dierum possessio“; am Schluſſe des Geſetzes wird der 30- und 40-jährigen Verjährung gedacht; „tricennali“, nicht „triennali praescriptione“ iſt zu leſen; auch iſt es nicht wahr, daß bei dieſer longissimi temp. praescriptio das Geſetz eines Titel's gedenkt. Die kanoniſche Neuerung führt zu der Unbilligkeit, daß dem Käufer die Erſitzungslage entzogen wird, ohne daß ihn doch ſeine mala fides superveniens berechtigte, ſofort ſeinen Regreß zu nehmen. Hätte das kanoniſche Recht, indem es Jenes that, Dieſes nicht gelaſſen, ſo würde keine ſtarke praktiſche Inkonvenienz eruirt ſein. v. Pufendorf 1 (1783) animadv. 66. — Am Schärfſten tritt die reformatoriſche Tendenz dieſer Beſtimmung hervor bei dem entſchiedenen Innozenz III. in cap. 20 ib. v. J. 1216 (concil. Lateranense cap. 41). Nun iſt Ulpian's Ausſpruch in l. 13,

13 a. p. 41, 2, daß zu vitiösem nichtvitiöser Besitz und umgekehrt nicht hinzuzurechnen sei, unbedingt richtig; für das rein römische Recht paßte dieser Satz z. B. nicht auf das Verhältniß des Erben, ein Zurechnungsfall welchen doch die römische Rechtswissenschaft an die Spitze stellte.

Die Redeweise der Quellen, daß die Litiskontestation im Eigenthumsprozesse den gutgläubigen in einen bösgläubigen Besitzer verwandle, hat nur für den Verurtheilungsfall und zwar für das Maaß der stets persönlichen Verurtheilung Bedeutung. Zu den in den Lehrbüchern beigebrachten Stellen vergleiche man noch die c. 2 pr. ann. exc. It. contr. toll. 7, 40, welche zwar zunächst von der Klagenverjährung handelt, aber durch das „sua auctoritate eas res usurpare“ auch auf die ersitzungsmäßige l. t. praescriptio Beziehung findet. Die Stelle wird von Denjenigen benutzt, welche für das justinianeische Recht eine Durchbrechung der Ersitzung durch L. K. darum annehmen, weil es also sich verhielt bei der l. t. praescriptio und diese maaßgebend sei für die moderne Ersitzung. Aber die Ausdrucksweise der c. 2 cit. ist überhaupt nicht korrekt. So ist die dreijährige Usukapion auf gleicher Linie mit der L. T. Präskription genannt: sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive 30 vel 40 annorum sit. Vorher heißt es, die Einreichung der Klage wirke interruptionem temporis, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Und doch ist keine „Usukapion“ aus Klagenverjährung entstanden! Die Stelle hat aber auch einen ganz andern Zweck, nämlich die Klagerhebung statt der L. K. zu jener Wirkung dann genügen zu lassen, wenn der zu Beklagende abwesend ist. Auch setzt sie voraus, daß der Vindikationskläger wirklicher Eigenthümer sei: Savigny System 6 §. 261, II a. E.

Wie sollte aber durch L. K. die Ersitzung unterbrochen werden, da der besiegte Beklagte auch wenn er schon vor der L. K. Eigenthümer war und also unrechtlich verurtheilt wurde, die Sache herausgeben muß und einen Eigenthumsanspruch vermöge der Rechtskraft des Urtheils vor Gericht nie mehr erheben kann? Mit nicht stärkerem Unrecht dürfte man sagen, in diesem Falle verliere der Beklagte durch die L. K. sein Eigenthum. Allerdings begründet die L. K. einen persönlich schwebenden Zustand, welchen

das Endurtheil in's Reine bringt. Eine scientia rei alienae iſt ſie durch ſich allein hervorzurufen ſchon darum nicht im Stande, weil der Glaube ein durchaus inneres Moment iſt und Jedermann weiß, daß eine Klaganſtellung nicht nothwendig vom Siege gefolgt iſt. Leyſer spec. 99 med. 6. Die rechtspolitiſche Erwägung, aus welcher die L. K. ihre wirkliche Kraft ſchöpfte, iſt nur die, daß ein gerechtfertigter Kläger durch den Zeitverluſt des Prozeſſes keinen Vermögensnachtheil leiden ſoll; in dieſem Sinne reden manche Kodexſtellen, z. B. c. 10 praescr. l. t. 7, 33, von mora litis contestatae. Daher jene Regel vornehmlich den Fruchterſatz betrifft. Es iſt, wie wenn der Beſitzer dem Kläger auf deſſen Siegesfall die Sache jetzt ſchon verſpräche. Hinſichtlich des Fruchtmaaßes nun paßt die Vergleichung mit dem bösgläubigen Beſitzer. Daneben aber wird mit Recht daran feſtgehalten, man könne vom Beſitzer unmöglich verlangen, daß derſelbe ſein (vermeintliches) Recht unvertheidigt leichthin aufgebe.

Wo die römiſchen Juriſten von Erſitzung reden, da heißt es ganz unzweideutig, die L. K. mit dem „Eigenthümer" unterbreche die Erſitzung nicht: l. 2, 21 pro empt. 41, 4. Und: falls der Beſitzer nach der L. K. die Sache erſeſſen habe, beginne er das volle Recht zu haben: l. 17, 1 r. v. 6, 1. Inſofern aber die nach der L. K. vollendete Erſitzung ein aus dem Beſitze, wie die Frucht, fließender Gewinn iſt, iſt auch ſie Reſtitutionsobjekt für den hernach beſiegten Beklagten: l. 35 v. s. 50, 16. Denn er muß den Kläger in die gleiche Lage verſetzen, als hätte er ihm zur Zeit der L. K. den Beſitz herausgegeben, und unter dieſer Vorausſetzung hätte die Erſitzung ſich nicht vollenden können. Auch das gutgläubige Beſtreiten war ungerecht; der Kläger darf darunter nicht leiden. Es iſt alſo die Vollendung der Erſitzung dem Beklagten vermögensrechtlich nutzlos geweſen: usus capio frustra complebitur anticipata lite: Vat. fragm. §. 12. Zu jener Reſtitution gehört daher außer der Uebergabe noch eine Sicherheitsleiſtung, daß der Beſiegte keinerlei ſachliche Verfügung zu Laſten des Siegers getroffen habe: l. 18 r. v. 6, 1, denn jede ſolche Verfügung bleibt mit demſelben Rechte gültig wie wenn überhaupt der Eigenthümer die Sache, nachdem er ſie belaſtete, veräußert. Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet

eum tradere (ursprünglich: mancipare: Savigny System §. 261 Note c nach Keller's Vorgange; „mancipare et tradere“ aus starken Gründen: Pellat propriété [ed. 1853] p. 195) eoque nomine de dolo cavere; periculum est enim, ne eum vel pignoraverit, vel manumiserit.

Verlor der nach der L. K. Ersitzende den Besitz später schuldlos, so kann der siegreiche Kläger nur die Abtretung des Eigenthumsklagrechtes (Interdikte u. s. w.), sowie Sicherheitsstellung verlangen daß die etwa wiedererlangte Sache ihm werde herausgegeben werden. Verlor Jener den Besitz schuldvoll, so verlangt der Kläger den Schadensersatz, ohne dagegen sein Eigenthumsklagrecht zediren zu müssen oder auch nur zedren zu können, da ja der Besiegte bereits Eigenthümer ist. — Hierher gehört auch arg. l. 21 r. v. 6, 1, obwohl man über flüchtige Sklaven den Besitz animo fortsetzen kann, da der Sklave weder sich selbst besitzt noch das positive Recht seine natürliche Freiheit, nicht einmal in dem Sinne der passiven Freiheit des wilden Thiers, anerkennt.

Wer die Ersitzung nach der L. K. vollendete, bleibt als fortdauernder Besitzer passiv legitimirt zum Vindikationsprozesse. Da ferner die Ersitzung kein Rückwirkungsfall ist, so bleibt es wahr, daß er zur Zeit der L. K. nicht Eigenthümer war: also steht, aus dieser Ersitzung, seiner Verurtheilung Nichts im Wege. Wie die Klage, so muß auch die Vertheidigung im Ganzen bereits zur Zeit der L. K. ihre rechtliche Begründung gehabt haben, sollte der Beklagte auch erst später das Einzelne allegiren und beweisen; zur Zeit der L. K. aber war noch Nichts ersessen: c. 26 r. v. 3, 32.

§. 23. Indem wir zu der Ersitzungszeit übergehen, tritt uns die Frage entgegen, ob und wie ein Gesetz [1]) mit veränderten Ersitzungsfristen auf schwebende Fälle der Ersitzung anzuwenden sei. [2]) Das neue Gesetz ist anwendbar auf facta futura, unan-

1) Schwebende Ersitzung ist unvollendbar seit einem Gesetz, welches die Sache unersitzbar stellt: v. Wernher sel. obs. for. 2, 9, 220.

2) Preuß. L. R. Publ. Patent §. 17: Ist die Verjährung nach altem Recht bis zum 1. Juni 1794 noch unvollendet, so gelten die Vorschriften des neuen Rechts. „Sollte jedoch zur Vollendung einer schon vor dem 1. Juni 1795 angefangenen Verjährung im L. R. eine kürzere Frist vorgeschrieben

wendbar auf facta praeterita; ein factum pendens ist theils praeteritum, theils futurum. Die Theile sind nur als Bruchtheile denkbar, denn eine Ersitzungszeit kann nicht reell getheilt werden. Demnach ist das praeteritum tempus zu reduziren in einen Bruchtheil von der ganzen Usukapionszeit des alten, der noch ausstehende Bruchtheil im Jahre ꝛc. auszurechnen gemäß der ganzen Usukapionszeit des neuen Gesetzes. Z. B. das alte Gesetz läßt in 5, das neue in 4 Jahren ersitzen. Als das neue publizirt wird, besaß A bereits ein Jahr lang. So hat er den fünften Theil der Ersitzungszeit vollendet. Die noch rückständigen vier Fünftel, von der Gesammtzahl „vier", sind 16 Fünftel, gleich $3^1/_5$ Jahren; dieß ist die Zeit, welche A noch besitzen muß, um die Ersitzung zu vollenden. Offenbar ist der Entscheidungsgrund und die Entscheidung ganz und gar nicht verschieden, wenn das neue Gesetz die Zeit, statt abzukürzen, verlängert, obwohl hierin Stephen im ziv. Arch. 32 (1849), 6 zum entgegengesetzten Resultat kommt.[1]) Bei neuen

---

sein: so kann, wer dieselbe gebrauchen will, deren Frist erst vom 1. Juni 1794 zu rechnen anfangen. — Entgegengesetzt: code Napoléon art. 2281: Les prescriptions .... seront réglées conformément aux lois anciennes. Néanmoins les prescrr. .... pour lesquelles il faudrait encore .... plus de 30 ans ...., seront accomplies par ce laps de 30 ans (à compter de l'époque de la publication du titre de la prescr.). — So wird der Knoten durchhauen, nicht gelöst. Unbillig erscheinen jene beiden extremen Grundsätze auf den ersten Blick. Wenden wir das neuere Recht an, welches z. B. 10 in die Stelle von 30 Jahren setzt: so ist dem Eigenthümer, dessen Sache ein Andrer z. B. 12 Jahre besaß als das neue Gesetz erscheint, nun mit einem Schlage die Vindikation abgeschnitten, zu deren Anstellung er noch eine Frist von 18 Jahren zu haben mit gutem Grunde erwarten durfte. Und andrerseits: Wenden wir das alte Gesetz an, welches z. B. ebenso 30 Jahre statuirte, für welche das neuere 10 setzt, so kann, wer 12 Jahre lang besaß, erst nach 18 Jahren ersitzen, während, wer jetzt erst zu besitzen anfängt, im Ganzen nur 10 Jahre gebraucht.

1) Herrmann in Linde's Z. Schr. N. F. II. (1846) Nr. 3 entscheidet: In der Regel gilt das neuere Gesetz. Ausnahme: wenn durch das neuere Jemandem eine Rechtsverfolgung abgeschnitten wurde, die er seither bloß im Vertrauen auf die Geltung der ältern Norm unterließ, ohne sich eine Nachlässigkeit oder Versäumniß zu Schulden kommen zu lassen. — Die Natur des schwebenden Rechtszustandes ist hierbei mißgeachtet und der Vergangenheit wird ihr gebührendes Recht auf diese Weise nicht zu Theil; die Ersitzung sogar erscheint als Strafe der Nachlässigkeit Dessen dem abersessen wird. Mag der angeführte Praktiker Einspruch thun, so bleibt es

Gesetzen, welche sonstige Verjährungserfordernisse ändern, ist nach der Natur des Erfordernisses zu unterscheiden. Stellt das Gesetz z. B. bisher Unersitzbares ersitzbar, so kann die Ersitzung jetzt erst, nicht rückwärts hin, gleichwohl aus altem Titel und Glauben, beginnen. Stellt es dagegen umgekehrt Ersitzbares unersitzbar, so kann die schwebende Ersitzung sich nimmer vollenden. Schreibt es ein materielles Erforderniß vor, so ist zu prüfen, ob dieses Erforderniß die Entstehung der Ersitzungslage (z. B. das neue Gesetz lautet: „Putativtitel nützen in Zukunft nicht") oder den Lauf (z. B. „Hinfort muß der gute Glaube andauern die ganze Ersitzungszeit hindurch") und die Vollendung der Ersitzung betrifft. Dieselbe Unterscheidung ist nothwendig, falls das neue Gesetz ein materielles Erforderniß erläßt.

Wer den letzten Tag innerhalb der Ersitzungszeit begann, hat die Ersitzung vollendet: l. 15 pr. div. praescr. 44, 3. Denn die Ersitzung ist ihrem Wesen nach Eigenthumserwerb, erst folgeweise jenseitiger Verlust: Donell 5, 19. In der Zivilkomputation,[1]) welche auf Ersitzung Anwendung findet, ist der Tag Zeitatom:

L. 6 u. 41, 3: In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus; (l. 7:) ideoque, qui hora sexta diei kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalendas Januarias implet usucapionem. — D. h. wer die Ersitzung begann am 1. Januar um Mittag (oder auch am Vormittag oder Nachmittag), vollendet dieselbe um Mitternacht am 31. Dezember. Ist dieß die Nacht vom 31. auf den 1., oder vom 30. auf den 31.? Nach der Zivilkomputation die letztre, so zwar daß Mitternacht ausgeschlagen, also der 31. als Kalendertag begonnen haben muß. — Savigny leitet hieraus die untheilbare Einheit des Kalendertages in der Zivilkomputation her. Dagegen Bachofen in Linde's Zeitschrift 18, 2 S. 68 versteht „totum ... computamus": „wir rechnen den ganzen letzten

---

doch wahr, daß hier, wie oft, die Aufgabe gestellt ist, Altes mit Neuem in Einklang zu bringen.

1) Aeltre Ansichten sind scharf beleuchtet bei Koch, Belehr. üb. Mündigkeit zum Testiren, Zivilkomp. und Schalttag 1796, und: Bestätigung der Belehr. .... gegen die Einwürfe einiger Schriftsteller (besonders Hugo's und Hagemeister's) 1798.

Tag mit". Dazu ſtimmt der Wortlaut im Beiſpiel: „hora sexta noctis implet usucapionem". Aber Venuleius l. 15 pr. cit. ſagt: „In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio; nec totus dies (scil. novissimus) exigitur ad explendum constitutum tempus." Vermittlend ſcheint für die Löſung der Antinomie die l. 134 v. s. 50, 16 des Paulus: „Anniculus non statim ut natus est sed trecentesimo sexagesimo quinto [1]) die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus". Denn auch hier handelt es ſich um Rechtserwerb, und ſtimmt „non exacto die" zu „nec exigitur" des Venuleius, „non ad momenta, sed ad dies numeramus" zu Ulpian's „non a mom. ad mom., sed totum postr. diem computamus". „Computamus": in der Idee rechnen wir ihn als ganz vollendet, wenn er gleich erſt momentan begonnen hat. „Hora sexta noctis pridie kalendas" iſt alſo Mitternacht auf den 31. Dezember; dieſe Mitternacht iſt vollendet, denn pridie kal. heißt bereits „am 31. Dez."

In Betreff der juſtinianeiſchen Immobilarerſitzung ſind bei theilweiſer Präſenz, theilweiſer Abſenz, außer dem aus beiderlei Jahren beſtehenden Dezennium noch ebenſoviele Abſenzjahre erforderlich zu Vollendung der Erſitzung, als man innerhalb jenes Dezennii abſent war. So drückt ſich Novelle 119 Kap. 8 aus. Wir ſchöpfen daraus folgende Regel: Entweder legt man die Geſammtfriſt von zehn oder aber die von zwanzig Jahren unter. Erſtrenfalls rechnet man die Abſenzjahre einzeln als halbe Präſenz-, letztrenfalls dagegen die Präſenzjahre einzeln als doppelte, d. h. als je zwei, Abſenz-Jahre. Wie es zu halten ſei, wenn kürzere, als jährige,

1) Danach kann es nicht zweifelhaft ſein, daß auch der Tag, in welchem die Erſitzungslage eintritt, ſelbſt ſchon als erſter zählt, nicht erſt der folgende. Dieß iſt Natur der Zivilkomputation. Wie aber ſtimmt dazu deſſelben Paulus l. 101 r. i. 50, 17: „Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit audiendus est: ita enim et imperator Antoninus cum Divo patre suo rescripsit"? Am Meiſten befriedigt Huſchke's, in Linde's Z. Schr. N. F. II. (1846), 6 Nr. 9, Vermuthung, primo ſei geſchrieben aus „p remo", p Sigle für post: alſo „postremo". Der Sinn wäre: am 60. Tage, wenn gleich erſt an deſſen Ende (denn die Friſt iſt hier eine erlöſchende).

Zeiten des Wechsels zwischen Präsenz und Absenz vorkommen, ist nicht ausgesprochen. Nirgends aber sind, wie Tage, so auch Jahre untheilbare Zeiteinheiten. Somit fordert die logische Auslegung, auch diese kürzeren Zeiten als Bruchtheil eines Präsenz- oder Absenz-Jahres in Betracht zu ziehen. Dieß leugnet Böcking §. 148 Note 5; [1]) wie uns scheint, ohne gehörige Ueberlegung. Die Fälle, in welchen die Jahreswechsel der Präsenz und Absenz auf den Tag stimmen zum Beginn eines neuen Ersitzungsjahrs, sind die seltensten. Bruchtheile muß man also regelmäßig doch machen; selbst in jenen seltensten Fällen ist ein Absenzjahr ein „halbes" Präsenzjahr. Daß Justinian an unsre Frage nicht dachte, hindert uns nicht, die Folgerungen seiner Sanktion zu ziehen.

Daraus, daß Paulus in l. 31, 1 u. 41, 3 die Ersitzungszeit für Bewegliches als kontinuirliche darstellt, ist kein Argument a contrario auf den Charakter der Ersitzungszeit für Unbewegliches zu ziehen. Vielmehr, wenn die kürzere Frist schon eine kontinuirliche ist: um wie viel mehr die längere. Denn die kürzeren Fristen allein sind oft utilia tempora. Die Frist, von welcher Paulus ursprünglich redet, war eine einjährige; [2]) mehr wie einjährige waren damals nie utilia tempora. Die einjährigen Fristen wurden meist utiliter berechnet, insofern sie meist einer Edictsbestimmung angehörten; dagegen die zivilen waren continua tempora, und zivil (12 Tafeln) war die Ersitzungsfrist. Die Natur des Schalttages bringt es mit sich, daß derselbe bei den Ersitzungsfristen, die ja sämmtlich jährige sind, nicht gerechnet werden kann: l. 2 div. t. praescr. 44, 3.

---

1) Auch das österr. G. B. §. 1475 entscheidet anders, ändert aber auch sonst das gemeine Recht hier ab: (Die Absenz) des Eigenthümers steht der ordentlichen Ersitzung insoweit entgegen, daß die Zeit einer willkührlichen und schuldlosen (sic!) Abwesenheit nur zur Hälfte, folglich ein Jahr nur für sechs Monate, gerechnet wird. Doch soll auf kurze Zeiträume der Abwesenheit, welche durch kein volles Jahr ununterbrochen gedauert haben, nicht Bedacht genommen, und überhaupt die Zeit nie weiter als bis auf 30 Jahre zusammen ausgedehnt werden. Schuldbare Abwesenheit genießt keine Ausnahme von der ordentlichen Verjährungszeit.

2) Für „annus", was nicht stehen bleiben konnte, setzten die Compilatoren nicht „triennium", denn sie mochten den P. nicht verfälschen, sondern „tempus". Vgl. Unterholzner Verj. II S. 105 f. Note 594.

§. 24. Gegen vollendete Ersitzung bleibt die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand offen: l. 1, 1 ex q. c. mai. 4, 6 vv. „si quis quid usu suum fecisset". Zu den Gründen ist, jedenfalls für das vorjustinianeische Recht, die Minderjährigkeit beizufügen aus c. un. si adv. usuc. 2, 36. Andre zählt l. 1, 1 cit. auf: metus; absentia reipublicae causa sine dolo; vincula; servitus; hostium potestas; Unbelangbarkeit des Besitzers, nämlich quum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut quum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur; Verschleppung der Litiskontestation durch das Gericht; unrechtmäßige Freisprechung des Beklagten. — So hat z. B. der heimgekehrte Kriegsgefangne, falls jenseits wirklich ersessen war, nur die rescissoria actio: c. 24 r. v. 3, 32, binnen des annus utilis: c. 18 postlim. rev. 8, 51. Dem Besitzer kann seine eigne Abwesenheit in Staatsgeschäften zur ungestörten Ersitzung nützen. War er dabei in dolo — und dieß ist er hier schon nach römischem Recht durch mala fides superveniens —, so schließt die Zuständigkeit der Betrugsklage die, subsidiäre, In Integrum Restitution aus; nach kanonischem Recht wird bei mala fid. superv. nicht ersessen, also schließt hier die Zuständigkeit der Vindikation auch die Betrugsklage aus. Besitzt jener Ersitzer jetzt noch, so bedarf es nie weder der Restitution noch der Betrugsklage, sondern es wird vindizirt und diese Klage gegen die Eigenthumseinrede geschützt durch Replikatio doli, specialis oder generalis oder kombinirt. Wo man dem Restitutionsbeklagten, welcher jetzt nicht mehr besitzt, keinen speziellen Betrug nachweisen kann, muß er doch den vorhandnen Gewinn aus der Sache erstatten: l. 30, 1 ex q. c. mai. 4, 6, denn immerhin war er „unbelangbar" gewesen, und, da er so die Ersitzung vollendete, so hat diese legale Vollendung den bisherigen Eigenthümer unbilliger Weise sein Eigenthum gekostet; der Mangel des jenseitigen Betruges bewirkt nur, daß in die Stelle des Ersatzes des diesseitigen Schadens lediglich die Herausgabe des jenseitigen Gewinnes tritt.

§. 25. Ueber die Unterbrechungen der Ersitzung siehe Donell 5, 21, Vangerow §. 323 Anm. 1. Ueber praescriptio quiescens: derſ. ebend. Anm. 2. Aufgeben des Vollbesitzes, z. B. Freilassung des Sklaven (l. 5 pro don. 41, 6), unterbricht die Er-

sitzungslage. — Pignus (l. 33, 5 u. 41, 3), Depositum, Precarium, Kauf, Miethe und Pacht der eignen Sache kann nicht bestehen. Aber, hat der Usukapient dem Eigenthümer „verkauft" und übergeben: so hört trotz der Nichtigkeit des Geschäfts der Usukapionsbesitz darum auf, weil der Besitz aufgegeben ist. Und, schlossen sie eines der andern Geschäfte ab, so bewirkt dessen Nichtigkeit, daß kein bloßes Detentionsverhältniß besteht; also ist auch hier der Besitz übergegangen: l. 21 u. 41, 3. Man kann die Sache auch so auffassen: Das Geschäft ist nichtig, das corpus possidendi beim Eigenthümer, dessen mangelnder animus durch die rei veritas ersetzt wird. Es ändert daher an der Sache Nichts, wenn etwa der Verpfänder bittweise den Besitz behielt. Das gleiche Resultat ergiebt sich im spätern Erfolg, falls der miethweise u. s. w. Empfänger erst im Laufe seines Innehabens Eigenthümer, z. B. durch Erbrecht, wird: l. 29 pign. a. 13, 7. — Ein Wahnsinniger besitzt Nichts, denn ihm fehlt die Willensfähigkeit. Dennoch soll eintretender Wahnsinn die Ersitzung nicht durchbrechen, damit nicht das Unglück noch Vermögensnachtheil nach sich ziehe: l. 44, 6 u. 41, 3. Die rechtlichen Folgen des Besitzes dauern fort, in geeigneten Fällen auch gegen ihn; insbesondre bleibt er den nämlichen Interdikten wie vor seinem Wahnsinn ausgesetzt. Ja, er kann als Wahnsinniger durch Dritte Besitzer werden. So kommt denn die römische Rechtswissenschaft zu dem Schlusse, daß der eintretende Wahnsinn den Besitz überhaupt nicht alterirt: l. 31, 4 u. 41, 3.

Usurpare von usu(i) (proprio) rapere — nicht, wie Ballhorn meint, von usui eripere — bedeutet grammatisch: ein Recht ausüben, wie wenn es Einem zustände. Der usus ist hier im Sinne der 12 Tafeln aufzufassen. Auch ohne auctoritas wird von usurpare geredet. So bezeichnet die l. 13, 7 inj. 47, 10 als Usurpation die widerrechtliche Gewohnheit der Hausbesitzer, welche die Leute hinderten, vor ihren Fenstern in öffentlichem Gewässer, und sitzend auf öffentlichem Boden, zu fischen. Hieraus konnte weder ein Verbietungsrecht ersessen werden, denn der öffentliche Ort vermag nicht zu dienen, noch ein objektiver Rechtssatz entstehen, denn die opinio juris fehlt auf der einen oder andern oder auf beiden Seiten, jedenfalls aber in der nationalen Rechtsüberzeugung. —

Ueber usurpare siehe noch Cassiodor. var. 6, 8 t. 1 p. 101: Quod (caducis bonis) usurpatio potuit invadere, tu fiscum nostrum facis justis compendiis optinere. — Dirksen s. v. usurpare: in frequenti usu habere, usu confirmare, uti (utendo sibi servare) u. s. w. — Ohne auctoritas, bloß auf Usurpation beruht die Servitutenersitzung. Die Zeitvollendung liegt nicht im Worte „usurpasse.“ Bekanntlich ist die Fußsteiggerechtigkeit untheilbar, und sagt daher Paulus l. 8, 1 quemadm. s. am. 8, 6: Is, qui per partem itineris it, totum jus usurpare videtur. D. h. er übt das Recht, welches er nicht hat, durch theilweises Beschreiten des vorhandnen Fußwegs (in der Breite des Weges) so aus, daß er durch Wiederholung das Recht (an der ganzen Breite des Weges) nach 10 Jahren ersitzt. Oder, da die Titelrubrik auf erlöschende Verjährung hindeutet: Er übt das ihm gehörige Recht genügend aus durch theilweises Beschreiten des Weges; so daß nun von non usus keine Rede sein kann. Beides kann, wenigstens in Betracht des Sinnes von „usurpare“, die konzise Stelle bedeuten. Denn der Unterschied ist nur der: Hat er bereits ein Recht oder nicht? Das „jus“ ist für die erste Bedeutung ein usū rapiendum. „Iter“ ist hier nicht das Recht des Fußsteigs; es ist ja von pars itineris die Rede. Dagegen scheint der einem Nachbarn durch Vertrag eingeräumte räumliche Weg damit bezeichnet, und dieß, wenn wir denselben Nachbarn als gehend denken, führt zu der zweiten Bedeutung, ja es schließt die erste insoweit aus, als doch Niemand behaupten wird, daß ein für den A hergerichteter Weg, von B in seiner theilweisen Länge benutzt, dem B durch Zeitvollendung auch für die nie begangenen Längestrecken dienstbar werde. Dadurch verliert nun „rapere“ jede Betonung und bedeutet „usurpare“ lediglich ein „(proprio jure) uti“. Dieselben Bemerkungen gelten von „usurpare“ in l. 9 ib: Wasser, wenn es in einen Theil des Wassergrabens (aquagii. Vielleicht „agri“?) hineinfloß, wird, auch wenn es nicht in die entferntesten Theile gelangte, doch allen Theilen usurpirt. — Ebenso ist „sibi usurpat servitutem“ in l. 6, 1 ib. vom Berechtigten gesagt, gleich „sibi utendo (usū) servat“, nämlich zur Rettung vor der erlöschenden Verjährung; von „öfters gebrauchen“ (Böcking §. 148

Note 15) ist hier keine Rede, da ein einmaliges Ausüben binnen Jahren zu jenem Zwecke genügt.

Ueber das Hauptwort „usurpatio“ siehe Dirksen h. v.: frequens usus, renovatio usus rei nostrae, interruptio usucapionis, u. s. w. Als „Unterbrechung der Ersitzung“ scheint dieses Wort sprachlich gleich usus ruptio. So die Rechtssprache. Die Redner dagegen verstanden usurpatio als „frequens usus“; usurpare: verlängerte Form, also Frequentativum, von usuripere: Paulus l. 2 u. 41, 3. Paulus denkt hier offenbar nur an ein Hauptwort, während in der That zwei verschiedne, gleichnamige aber ungleich abzuleitende, jene von einander abweichenden Bedeutungen erklären. „Usus“ als „Besitz“ liegt beiden unter. Usum,[1]) oder usui rem rapere heißt „sich den Besitz gewaltsam beilegen“, schliff sich ab in bloßes „besitzen“ (uti), beim Quasi-Besitz in „öfteres Gebrauchen, Ausüben“; so ging es in die Sprache der Redner über, welche gern alte Bedeutungen beibehält. „Usum rumpere“ heißt „den Besitz durchbrechen“; und dieß ist der einzige Fall einer Durchbrechung der Ersitzung. Das unpersönliche „usurpatio“ ist demnach diese Durchbrechung selbst, wenn gleich ohne bewirkendes „rapere“ eines Dritten. Will man aber, das „usum rumpere“ verwerfend, nur von „usum rapere“ ausgehen, so bietet die paulinisch-juristische Bedeutung von „usurpatio“ nur die zuletzt angegebne und durchaus erklärliche Erweiterung des ursprünglichen Rechtsbegriffes dar. Während also das ältre Recht sagte, die Thatsache der gewaltsamen Entziehung des Besitzes durch einen Dritten durchbricht die Ersitzung: stattet das neuere Recht die Thatsache des eignen Besitzverlustes überhaupt mit dieser Wirkung aus. Demungeachtet bleibt es zur Vertheidigung der Ableitung von „usus ruptio“ wichtig, daß Paulus durch sein „usurpatio est usucapionis interruptio“ doch zu etymologisiren scheint. Freilich könnte man übersetzen wollen „Usurpation ist eine Durchbrechung der Ersitzung“, aber der Titelrubrik „de usucapionibus et usurpationibus“ und der Stellung der Lex im Anfange des

1) Müller im rhein. Mus. f. Jurispr. 5, 8 (etym. Erörtr. Nr. 3): Usurpare für usuripare; wie sacrificare für sacrum facere. Sacrum facere, so usum rapere.

Titels und als erster Erwähnung (und Begriffsbestimmung?) der usurpatio entspricht mehr die Annahme, daß wenigstens die Kompilatoren Justinian's unter usurpatio die Durchbrechung der usucapio überhaupt, also den Besitzverlust, verstehen. Die umgekehrte Stellung der Hauptwörter in der Titelrubrik scheint nicht die richtige und hat schon althandschriftliche Gegner; l. 1 giebt den Grund aller Ersitzung an, l. 2 definirt, wie wir annehmen, die Usurpation, l. 3 freilich definirt erst die Usukapion; indeß handelt der Titel hauptsächlich von usucapio, und die usurpatio gehört als Erlöschungsgrund dahinein.

Die von Paulus den Rednern zugeschriebne Bedeutung von „usurpare" = „frequenter uti" findet sich, unsrer Vermuthung entsprechend, bei ältern Juristen. So bei Prokulus l. 16 quemadm. s. am. 8, 6 für die Servitutenersitzung, die ja nach prätorischem Recht titellos (vgl. „rapere") war; sie hieß nicht „usucapio", denn an Unkörperlichem war kein „capere" möglich; streng genommen auch kein „rapere", aber dieß sollte wenigstens nicht technische Erwerbsform sein.

Es „usurpirt", wer den Besitz „entreißt", aber die Wirkung des Besitzverlustes ist eine absolute (l. 5 u. 41, 3), folglich kam auch darauf Nichts an, ob überhaupt ein Usurpant den Besitzverlust zu Wege gebracht habe, ob „casus usum eripuerit". Usurpare = körperliche Sachen, die ein Ersitzender besitzt, in Besitz nehmen: c. 2 pr. ann. exc. It. contr. toll. 7, 40.

Appius Klaudius Cäkus Centummanus schrieb „(legis) actiones". Das erste Buch dieses Werkes handelte „de usurpationibus", war aber um des veralteten Stoffes willen schon in des Pomponius' Zeitalter verloren: l. 2, 36 o. i. 1, 2. Die Usurpation war damals sollenne, also wol Zeugen und Worte erfordernde Vornahme einer ersten Besitzhandlung, ächtes rapere, bei Grundstücken Brechen eines Zweiges, bei Mobilien wol Ansichnehmen der Sache selbst; all dieß in dem doppelten Sinne, dem „clam" auszuweichen, und das Ganze, im Gegensatz zu Gewalt, als Rechtsausübung darzustellen in einer Zeit in welcher Eigenmacht so wenig unzulässig war daß sogar Ansprache und eventuelles Wegführen der Person die ordentliche Einleitung zur gerichtlichen Klage bildete. Es war also die Usurpation eine

außergerichtliche legis actio, und zu ihrer Durchführung war, wer den Besitz verloren hatte, befugt. Cic. de or. 3, 28, 110: „non ut jure, aut judicio, ut vi denique recuperare amissam possessionem, sed ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videantur". Leider sind die zwölf Tafeln in diesem Gesetze verloren. — So wird diese Usurpation regelmäßig Einleitung zum Prozesse gewesen sein, höchstwahrscheinlich für die Grundbesitzklage, da die l. a. per manus injectionem wol stets Forderungsrecht voraussetzte. Nur so konnte die Sache in's Gericht kommen, oder ihr Symbol. Aber das Symbol ist doch sonst die Scholle? Für die Eigenthumsklage allerdings; aber der Zweig paßt besser für bloße Besitzprozesse (interdicta recuperandae possessionis).

So oft Jemand auf dem Unsrigen bauen oder Etwas dahinein oder in dessen Luftraum einbringen wollte, war es geeigneter, um ihm dieß zu untersagen, sich entweder an das Gericht zu wenden oder den thatsächlichen Einspruch mittelst der Hand, den lapilli ictus oder (Vulg.) jactus, als eine operis novi (de-) nunciatio zu vollziehen. Denn durch Anwendung des letztgenannten Rechtsmittels erkennt man den Besitz des Nunziaten an, macht ihn also möglicher Weise erst dadurch zum Besitzer. Steht der Neubau daher auf seinem eignen Boden, dann kann nur dieß letzte Mittel uns helfen, falls wir glauben, das Werk bringe uns widerrechtlichen Schaden. Steht der Neubau aber auf unsrem Boden und wird fortgesetzt, so ist es das Billigste, gegen ihn das Interdikt quod vi aut clam oder das uti possidetis zu gebrauchen: l. 5, 10 o. n. n. 39, 1.

Auch der lapilli ictus, eine symbolische Zerstörung, giebt den Anlaß zum Rechtsstreite. Die Fortsetzung des Werkes entgegen diesem außergerichtlichen Verbot ist Gewalt: l. 1, 6 qd vi aut clam 43, 24. Statt wirklichen Steinwurfes genügte, um diese Wirkung zu erzielen, später das bloße Aufheben der Hand (Anfang zum Werfen) gegen das Werk, endlich das bloße Wort, daß man verbiete: l. 20, 1 ib. Aber kein solches Verbot (Denunziation) unterbricht die Ersitzung am Grund und Boden, nicht einmal wenn es vom Grundherrn ausging; denn das Verbot trifft nur den Bau, nicht die Grundlage; in dieser Beziehung also war der lapilli ictus

stärker: l. 13 pro empt. 41, 4. Er war, für städtische Grundstücke, Analogon des Zweigbrechens.

Also hatte das ältre Recht neben der natürlichen eine zivile Usurpation: Huschke in Linde's Z. Schr. N. F. II. (1846), 6 Nr. 2. Diese muß noch zu Gaius' Zeit bestanden haben: arg. l. 5 u. 41, 3 vv. „Naturaliter interrumpitur possessio rell." Nach derselben Stelle wirkte sie bloß relativ; Ziviliusurpant war der wirkliche oder gutgläubig scheinbare Eigenthümer; statt „possideat" wird Gaius „possīdat" geschrieben haben. Dagegen im neuern Recht ist nicht nur diese zivile Usurpation verschwunden, sondern auch keine neue dafür eingetreten. Die Klagerhebung oder ihr in c. 2 ann. exc. It. contr. toll. 7, 40 angegebenes Surrogat durchbrechen die Ersitzung nicht und werden fälschlich als Ziviliusurpation des justinianeischen Rechts bezeichnet. Zwar heißt es in §. 1 ib.: „et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive 30 vel 40 annorum sit", aber hier ist nur von Klagenverjährung die Rede, und, auf Usukapion bezüglich, der Sinn der, daß jene die Klagerhebung vertretende Form, wie eine Litiskontestation, diesseits der vollendeten Ersitzung fallend, verhindre, daß die spätre Vollendung der Ersitzung dem noch später Verurtheilten nütze. Vgl. Gail pract. obs. 1, 74, welcher, auch nicht streng wissenschaftlich, dem Endurtheil demnach die Kraft einer Ziviliusurpation beilegen möchte. — Denn vor diesem justinianeischen Gesetze bewirkte nur die wirkliche gerichtliche Klage die Durchbrechung der Klagenverjährung. Nicht einmal Bewilligung eines Moratorii durch den Kaiser an den Klagberechtigten hemmte bis auf Konstantin's c. 2 prec. imp. off. 1, 19 den Lauf der Klagenverjährung, sondern die Klage war auch dann gerichtsseitig vorzutragen; doch konnte kaiserliches Reskript prätorische Annalklagen (c. 2 qu. libell. principi datus litis contestationem faciat 1, 20) perpetuiren mit Wirkung der Litiskontestation (c. 1 ib.), wobei freilich, wie es scheint, der Kaiser als Richter gedacht werden muß.

Jede, heimliche wie gewaltsame, Entreißung des Besitzes zerstört die Ersitzungslage. Nur wenn der Entwender unser eigner Gewaltuntergebner ist (l. 33, 6 u. 41, 3), kann, so lange die Sache bei ihm sich befindet, diese Wirkung nicht eintreten, weil solche

Leute unsre eignen Erwerbsinstrumente sind. Folgerichtig fuhr der Römer auch seinen flüchtigen Sklaven selbst zu besitzen fort: l. 8 div. t. praescrr. 44, 3.

§. 26. Die Einrechnung des Besitzes der Vormänner in die Ersitzungszeit des Nachfolgers [1]) fand am Frühesten Anerkennung im Verhältniß des Erben zum Erblasser. So erklärt es sich, daß, indem man die gleiche Anerkennung zu Gunsten des Vindikationslegatar's aussprach, dieß so gefaßt wurde: Jener sei in Beschränkung auf den speziellen Gegenstand des Vermächtnisses gewissermaaßen dem Erben vergleichbar: l. 14, 1 u. 41, 3. Und in der That ist dieser Gegenstand unmittelbar aus der ächten Erbschaft herausgehoben, einem Dritten ohne Vermittelung des ächten Erben gegeben, so daß Jener insoweit in die Stelle des Erben eintritt. Weiter darf die immerhin kühne Vergleichung nicht ausgebeutet werden, will man nicht die obersten Grundsätze des römischen Erbrechts verwirren. Für Erben und Legatare gilt die Schranke der Einrechnung, daß zwischendurch kein Dritter besessen haben darf: l. 20 u. 41, 3.

Die Einrechnungstheorie gewann unaufhaltbar an Abrundung, seitdem festgestellt war, daß dem Käufer die Besitzzeit des Verkäufers zuwachse. Aber die richtige Begränzung der gemeinsamen Prinzipien machte Schwierigkeiten.

Man entschied sich dahin, daß es zur Einrechnung nicht erforderlich sei, daß der Erblasser grade zur Todeszeit (l. 13, 5 a. p. 41, 2), der Verkäufer grade zur Verkaufszeit (l. 15, 5 div. t. praescrr. 44, 3) besaß. [2]) Denn durch Tod des Andern oder durch Kauf erfolgt der Uebergang des Besitzes keineswegs.

Ferner stellte man den Satz fest: die Einrechnung umfaßt die Vergangenheit, nicht die Zukunft. Als Gegenwart ist dabei die Zeit des Besitzantrittes aus dem Erwerbstitel gedacht. So nützt dem Käufer diejenige Zeit nicht, während welcher nach Kauf und [3])

---

1) Vangerow §. 322 Anm. 2.

2) Zu weit geht Karlowa in der unten angeführten Schrift S. 8, wenn er diese Stellen auf das interdictum utrubi beschränken, namentlich ihre Anwendbarkeit auf Ersitzung ausschließen will.

3) Dieß also ist hinzuzudenken in l. 14 pr. u. 41, 3: „Diejenige Zeit des Verkäufers nützt dem Käufer, welche er vor dem Verkaufe besaß; denn

Empfang der Waare die letztre gleichwohl in den Besitz des Verkäufers zurückgekehrt war. L. 15 ist nach der Legalaufschrift einem Interdiktenwerke entnommen; l. 13 entstammt dem 72. Buche des Ulpian'schen Ediktskommentars und handelt demnach [1]) vom interdictum utrubi. Die gleiche Inskription hat l. 65 v. s. 50, 16 (vgl. l. 194 r. i. 50, 17. Mod. 6. diff.), welche besagt, daß „Erbe" hier auch die Erbeserben in's Unendliche umfasse. All dieß hat ebenso für Ersitzung seinen Werth; so schadet es dem Erbeserben nicht, daß der Zwischenerbe nie besaß: l. 2, 18 pro empt. 41, 4 Paul. 54. ad ed. Grade dieß Letztre verhält sich bei Käufern u. s. w. entgegengesetzt. Denn die Käuferszurechnung ist eine natürliche, durch den Besitz vermittelte, die des Erben eine bürgerliche, die der Besitzvermittlung nicht bedarf: l. 15, 1 div t. praescr. 44, 3, und:

l. 30, 5 a. p. 41, 2: Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus (bonorum) possessionem, non poterit possidere; retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus. Sed quod pro emptore possideo, per colonum usucapiet (sine possessione, dummodo adierit) etiam (d. h. nicht „überdieß", sondern „sogar, trotz des natürlichen Nichtbesitzens") heres meus.

Der Satz des Paulus libr. 3. ad Sab. l. 16 div. t. praescr. 44, 3: „Nie kann uns ohne unsre eigne Zeit Zurechnung nützen": paßt also auf den Erben nur insofern, als derselbe muß angetreten haben. Es nützt nach l. 31, 5 u. 41, 3 dem Erben die Zeit der Unbesessenheit (vacuum tempus) vor und nach seinem

---

erlangte der Verkäufer späterhin Besitz, so wird dieser Besitz dem Käufer nichts helfen."

1) Arg. inscr. l. un. utrubi 43, 31. Vgl. Gai. 4, 151: In utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam justum est ei accedere, velut ejus cui heres extiterit ejusque a quo emerit vel ex donatione aut dotis datione acceperit. Itaque, si nostrae possessioni juncta alterius justa possessio exsuperat (für das „majore parte anni possedisse") adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus. — Die neueste Schrift, welche die Einrechnung für die Interdikts- und für die Ersitzungs-Lehre richtig scheidet, ist die Göttinger gekrönte Preisschrift (1857) von Karlowa juris Rom. principia de accessionibus possessionum .... Gott. 1858.

Antritte zur Ersitzung. Hieraus leitet Scheurl 1 S. 91 f. die Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen in der Erbschaft über den Erbesantritt hinaus ab. Richtiger scheint die Sache zu fassen: der Antritt tilgt nicht die in der Erbschaft enthaltenen wirklichen oder werdenden Rechte, da die Erbschaft in sich unverändert bleibt, wenn sie gleich ihre Getrenntheit als besondres Vermögen einbüßt.

Diese Regeln und Unterscheidungen waren indessen sehr bestritten, und noch Skävola libro sing. quaestionum publice tractatarum in l. 14 pr. div. t. praescr. 44, 3 verzichtet darauf, allgemein durchgreifende Sätze über die Einrechnung aufstellen zu können (vgl. Donell 5, 20): die Praxis schwankte hin und her in nicht abgeklärtem Billigkeitsgefühl. Dieses Schwanken zeigt sich deutlich in der l. 13, 4 a. p. 41, 2:

Quaesitum est, si heres prius (prior? primus?) non possederat, an testatoris possessio ei (et per eum heredi ipsius?) accedat. Et quidem in emptoribus (mehrere Käufer, wie dort mehrere Erben, zeitlich einander folgend?) possessio interrumpitur (A verkauft an B, B an C. B hat nie besessen. C hat daher, wenn er in Besitz kommt, keinen Zeitzuwachs), sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam (= eo quod) plenius est jus (bürgerliche Einrechnung) successionis (universalis) quam emptionis;[1]) sed subtilius (feiner? oder: zu fein? Erstres entspricht dem „sed“, begründet dafür aber die Antinomie. Dürfte man „subtilius“ übersetzen: zu wenig fein!) est, quod in emptorem, et in heredem id quoque probari.

Der folgende Paragraf, falls wir daselbst mit Haloander „nunquam“ lesen, gäbe dann die allgemeine Bejahung Ulpian's, daß nämlich dem Erbeserben auch derjenige Besitz zuzurechnen sei, der nie seines Erblassers, sondern dessen Erblassers war. Aber „unquam“ paßt sprachlich besser in den Zusammenhang der Stelle. Es bleibt demnach wol nur folgende Lösung übrig:

1) Sollten die Schlußworte der Stelle Glossem sein? Darüber müßten die Basiliken Aufschluß geben. Aber sie finden die ganze Stelle zu subtil, und begnügen sich, als deren Inhalt den oberflächlichsten Satz zu berichten, nämlich den: Der Besitz des Erblassers läuft dem Erben.

Hat der Erbe nicht beſeſſen vor (prius) Verjährung des Interdikts, ſo wächſt die erblaſſeriſche Beſitzzeit ihm gleichwohl zu, falls nur die Sache unbeſeſſen war. Beſaß der Erblaſſer im Todesmomente nicht, wohl vorher ohne daß bereits das Interdikt verjährt war, ſo wächſt auch dieſer Beſitz dem Erben zu falls derſelbe noch rechtzeitig das Interdikt erhebt. Einem Käufer dagegen ſteht jede Unbeſeſſenheit der Waare im Wege, ſich die Beſitzzeit des Verkäufers zuzurechnen. Verlor alſo der Verkäufer den Beſitz oder gab ihn auf, ſtatt ihn zu übergeben, und forſchte nun der Käufer nach der Sache und fand ſie, ſo findet keine Zurechnung ſtatt. Ebenſowenig, wenn er die drittbeſeſſene Sache mit dem Interdikt aus der Perſon und dem vormaligen Beſitz ſeines Auktor's einfordert. Denn er ſelbſt hatte vor dem Dritten („prius") nicht beſeſſen; dieß grade ſteht einem Erben nicht unbedingt entgegen.

Der 3. Titel des 44ſten Buches der Pandekten handelt „de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum." Dieß alſo iſt der Ort, wo das Edikt unſre Lehre behandelte, dieß der Sinn, in welchem der Prätor von Beſitzeszuwachs redet. Auch hier findet die Akzeſſion ſtatt zu Gunſten ſowohl Derjenigen, welche aus Kontrakt (Eigenthumsvertrag), als auch Derjenigen, welche aus (letztem) Willen in die Stelle Andrer nachfolgen; denn, ſo ſagt l. 14, 1 div. t. praescr. 44, 3, den Erben und den an (Univerſal-) Nachfolger Statt Geltenden wird Zurechnung des erblaſſeriſchen Beſitzes gegeben. Richtig bemerkt Brinz Pand. S. 217 f., daß Letztres, genau geſprochen, für Erſitzung nicht richtig ſei, ſondern hier vielmehr umgekehrt der erblaſſeriſche Beſitz die Hauptſache bleibe, da er ſogar während des vacuum hereditatis tempus die Erſitzung vollenden kann, jedenfalls alſo der „zutretende" Beſitz der des Erben iſt. Der Ausdruck der Stelle (arg. §. 3 ib.) paßt aber allerdings, und davon iſt die Rede, auf den Erben als einen Vindikationsbeklagten, alſo auf die praescriptio temporis, nicht auf die usucapio. Für die Erſitzungslehre müſſen wir successio in usucapionem und accessio possessionis trennen.

In erſter Linie ſteht auch in dieſem Edikt, wie bei der Publiziana, Uſukapion und Eviktion: der Kauf: §. 2 ib.; an §. 2

schließt sich §. 4 unmittelbar an. Dem Ersteigerer zählt die Besitzzeit des bisherigen Pfandschuldners: §. 5 ib. Denn auch die Besitzzeit des Auftraggebers zählt Demjenigen, der vom Bevollmächtigten kauft. Beauftragt aber der Bevollmächtigte, ohne Erlaubniß, einen Dritten mit dem Verkaufe: so zählt dem Käufer die Besitzzeit des Afterbeauftragenden nicht (denn dieser war nur Innehaber auf fremden Namen): l. 15, 2 ib. Wer von einem Gewaltuntergebenen kauft, genießt Zurechnung des Besitzes von dessen Gewalthaber, falls der Verkauf in des letztren Sinne oder aus eingeräumtem Pekulverwaltungs- und Veräußerungs-Recht geschah: §. 3 ib. (libera peculii administratio: l. 14 pr. a. p. 41, 2). Eigenthum und Verkaufsbefugniß stehen also hier grade so wie bei Begründung des ersitzungsmäßigen guten Glaubens einander gleich. In §. 4 ib., vgl. l. 14, 1 a. p. 41, 2, ist dieß angewendet auf veräußernde Vormünder. Afterzurechnung ist nicht ausgeschlossen durch Verschiedenheit der zwei und mehrern Uebertragungstitel; die verschiedensten sind Verkauf und Erbfolge; dennoch, verkauft der Erbe die Erbschaftssache, so nützt dem Käufer auch des Erblassers Besitzzeit: §. 6 ib.

Die der Besitzeszurechnung unterliegende Billigkeit ist offenbar die, daß durch Veräußerung Nichts verloren gehen soll. Wäre aber nicht veräußert worden, so würde die Besitzesdauer das Rechtsmittel des Interdikts sowie die Ersitzung in der gleichen Zeit schon nach Zivilrecht erzeugt haben. Die Billigkeit rief zuerst das prätorische Recht für die Interdikte, im Anschluß daran für das longum tempus hervor; Justinian wendete dasselbe an auf seine Zivilersitzung, da schon die klassische Wissenschaft für die damalige Zivilersitzung das Nämliche für nützlich und zulässig erkannt hatte. Für den Käufer beweist, anlangend die l. t. praescriptio, l. 76, 1 c. e. 18, 1: „si utriusque possessio impleat tempora constitutionibus (?) statuta.“ Als Grund ist angegeben: der Käufer muß gegen den Drittvindikanten die vollen Vertheidigungsmittel des Verkäufers haben; der tiefste, gedachte aber nicht ausgesprochene, Grund ist offenbar möglichste Sicherung gegen Entwährung und Entwährungsrückgriff.[1]) Usukapion anlangend,

1) Daß die Entwicklung des Prinzips in Anwendung auf lucrativas causae sich langsamer machte, versteht sich hiernach von selbst: Karlowa S. 12.

beweist für den Käufer die l. 2, 20 pro empt. 41, 4. Nach l. 6 pr. div. t. praescr. 44, 3 muß der Verkäufer „possessionem praestare.“ — Betrachten wir das Verhältniß der klassischen zur justinianeischen Ersitzung, so mußte schon den Römern, als sie anfingen über Zulassung der Besitzeszurechnung nachzudenken, die Kürze der tafelmäßigen Ersitzungsfristen, welche freilich eine solche Zurechnung nicht als möglich erachteten, einleuchten; um so mehr war es für Justinian geboten, mit der andern Hand diese Fristen zu erweitern, da er mit der einen die Zurechnung zu festem Rechte erhob. Zwar für den Erbesfall kann die Zurechnung nicht zweifelhaft gewesen sein, seitdem man das Rechtsverhältniß der Erbschaft festgestellt hatte. Für den Verkauffall beriefen sich die klassischen Juristen, wie immer gern, auf kaiserliche Reskripte; hierfür wird in §. 12 J. u. 2, 6, einer Stelle die überhaupt die rechtsgeschichtliche Ausbildung der Einrechnungslehre nachweist, Bezug genommen auf ein Reskript von Sever und Karakalla.[1]) An den Erbesfall schloß man die lukrativen, wie an den des Verkaufes die onerosen Uebertragungen an. So vgl. über Schenkung l. 13, 11 a. p. 41, 2; nicht rein lukrativ ist die Mitgiftsbestellung: l. 7, 3 j. dot. 23, 3. Ueber Rückempfang des Besitzes rupto precario: l. 13, 7 a. p. 41, 2; dieß kann nur auf den s. g. abgeleiteten Besitz, s. g. corporalis possessio, bezogen werden, da trotz des bestehenden precarii der Ueberlassende non discessit „animo“ possessione, also gewissermaaßen penes utrumque res est: l. 15, 4 prec. 43, 26; da somit der bittweise Besitzer, obwohl der Interdiktenschutz ihm zur Seite steht, jedenfalls insofern in fremdem Namen besitzt, daß er eine praescriptio auch longissimi temporis nie gegenüber dem Geber zu erwerben, geschweige denn die Sache zu ersitzen vermag: c. 2 praescr. 30 ann. 7, 39. Die Sequestration ist präsumptiv nicht omittendae, sondern custodiendae possessionis causa: dem Sieger nützt diese Zeit zur Ersitzung: l. 39 a. p. 41, 2; von dem entgegengesetzten

1) Die gaianischen Institutionen kennen diese Einrechnung für Ersitzung noch nicht, schon des Augustus Zeitgenosse Labeo kennt dieselbe für das Interdikt: Karlowa S. 9. Daß Sever und Karakalla dieselbe für die l. t. praescriptio bereits vorfanden, zeigt c. 1 h. t. 7, 33, Karlowa S. 11.

Falle, nämlich der possessio apud sequestrem (s. sequestrum) deposita handelt l. 17, 1 dep. 16, 3.

Daß nach stattgehabter Redhibition der Verkäufer die Zurechnung des Besitzes des Käufers habe, durfte eigentlich nicht aus dem Grunde streitig sein, weil die Redhibition eine Rückauflösung des Kaufes ist: denn um so weniger durfte der Verkäufer rechtlich anders behandelt werden, als seine faktische Lage dann sein würde, wenn er nie den Besitz aus diesem Kaufgeschäft hingegeben hätte: l. 13, 2 a. p. 41, 2 (i. utrubi). Es kann jetzt nicht davon die Rede sein, die Sache sei je verkauft gewesen,[1]) sowenig wie bei Eintritt einer auflösenden Bedingung: l. 19 u. 41, 3; Beispiel von lex commissoria: l. 6, 1 div. t. praescr. 44, 3; vgl. die Dotalrückgabe in l. 13, 6 a. p. 41, 2.

In dem Anfangssatze von l. 6 pr. div. t. praescr. 44, 3: „Si duobus eandem rem separatim vendiderim, mea possessio, quae utramque venditionem praecesserit, soli priori emptori cui et tradita sit proficit" muß venditio utraque als von Tradition begleitet — wie auch in §. sq. — gedacht, prior emptor auch als der den Besitz zuerst Empfangende aufgefaßt werden. Das Letztre beweist der Beisatz „cui et tradita sit" wozu „priori" mitgehört, das Erstre die sonstige Undenkbarkeit des Streites welchem von beiden Käufern die Besitzeszurechnung gebühre.

Die Besitzeszurechnung findet nicht nur vom unmittelbaren, sondern ebensowohl vom Vormanne des Vormannes her, und so aufwärts bis in's Unendliche, statt. Beim Rückkauf ist hier der Vormann des Vormannes zugleich Nachmann des Nachmannes: l. 6 pr. i. f. div. t. praescr. 44, 3. Der Besitz des Vormannes muß interdikts- (l. 13, 1 a. p. 41, 2) resp. ersitzungsmäßig gewesen sein, damit der Nachmann ihn als Unterstützung gebrauchen könne. Die ächte Besitzeszurechnung (Gegensatz: der Erbesfall) erfordert eignen Besitz Dessen der sie beanspruchte: l. 13, 12 a. p. 41, 2.

---

1) Karlowa S. 37 erledigt die Frage auf andre Weise. Das Rechtsband, ohne welches eine Nachfolge in die Ersitzung undenkbar ist, ist die in der Redhibition liegende solutio. Die römischen Juristen selbst betrachten die Redhibition als eine Art Rückkauf.

§. 27. Von den Ursprüngen der s. g. außerordentlichen Ersitzung war bereits in Früherem die Rede. Für die Zeitzurechnung ist sie von besondrer Wichtigkeit; denn, hat ein Beklagter selbst 30 Jahre lang besessen, so hindert sein böser Glaube die Einrede der Klagenverjährung nicht. Die drei Besitzfehler — vis (c. 8, 2 praescr. 30 ann. 7, 39), clandestinitas, precarium — fallen mit unter das Wesen dieses bösen Glaubens. Justinian's Neuerung (Einführung der a. o. Ersitzung) gemäß ist c. 14 fund. patrim. 11, 61 interpolirt durch zweimalige Einschiebung von „vel etiam sine titulo". Gleichwohl behauptet Brinz Pand. S. 224 f., auch die a. o. Ersitzung fordre einen Titel, denn, wer wissentlich von einem Irren, den er übrigens für den Eigenthümer hält, gekauft hat, müßte sonst ja a. o. Weise ersitzen können!? In der That ermangelt ein Solcher des guten Glaubens, da er um die mangelnde Dispositionsfähigkeit seines Vormannes weiß.

Die Bedeutung der a. o. Ersitzung tritt ferner hervor, falls der Besitzer nach Ablauf der 30 Jahre den Besitz verliert. Dann nämlich hat er nur falls er in gutem Glauben war die Eigenthumsklage. Andrenfalls besitzt nun entweder der Eigenthümer selbst: diesem würde bei neuem Besitzverluste eine neue Klagverjährungsfrist von 30 Jahren zustehen; oder ein Dritter: dieser ist 30 Jahre lang der Eigenthumsklage ausgesetzt, schon darum weil er nicht vom bisherigen Besitzer empfing, dessen Besitzzeit ihm also nicht zuzurechnen ist. Das interdictum unde vi (die actio spolii), falls gewaltsame Besitzentreißung den Besitzerwerb des jetzigen Besitzers vom früheren bösgläubigen Besitzer her vermittelte, steht natürlich auch dem bösgläubigen Besitzer zu: c. 15 §. 3 C. 16 qu. 3 de praescriptionibus.

Die wesentliche praktische Differenz zwischen o. und a. o. Ersitzung liegt in der Beweislast des Titels, denn Putativtitel genügt ja auch zur o. Ersitzung. Bei der a. o. Ersitzung ist überdieß der Beweis der Titellosigkeit des Beklagten durch den Kläger nur insofern wichtig, als Jener hernach seinen guten Glauben darthun muß: arg. „nullo titulo, bona tamen fide" in §. 1 ib. Bei der o. Ersitzung dagegen hat der Beklagte den Titel darzuthun, der Kläger kann replicando den bösen Glauben erhärten, er kann auch die Nichtigkeit des Titels zeigen worauf es dem Beklagten

obliegt die Entschuldbarkeit seines Glaubens an die Wahrheit des Titels zur richterlichen Ueberzeugung zu bringen.

Ein Bischof ersitzt Kirchen und Zehnten einer andern Diözese nur mit Titel, da der gute Glaube hier, wo das gemeine Recht und die Vermuthung gegen ihn sind, nicht ausreicht. Der Titelbeweis wird hier wie sonst durch unvordenklichen Besitz überflüssig: Bonifaz VIII i. J. 1298 in cap. 1 praeser. in 6to 2, 13.

Die ordentliche Unersitzbarkeit schließt ein und beweist nicht zugleich die außerordentliche. Wo aber das Vorbild, die Klagenverjährung, ausgeschlossen ist, ruht oder unterbrochen wird: da findet auch die a. o. Ersitzung nicht statt oder auch sie ruht oder wird unterbrochen.[1]). Die Frist ist die der Klagenverjährung in Dauer, Beginn und Vollendung. Besitzeszurechnung steht zu wie bei der o. Ersitzung. Restitution gegen Klagenverjährung wirkt gleichmäßig auch gegen a. o. Ersitzung.

Fritz Z. Schr. f. Z. R. u. Prdz. 3 S. 435 Note 1 läßt aus a. o. Ersitzung kein Eigenthum, keine directa, sondern nur eine utilis in rem actio entstehen. An die Publiciana mit replicatio longissimi temporis ist aber gar nicht zu denken; sie beruht nur auf Titel. Welcher Art auch die vorjustinianeische „actio ad vindicandam eam rem“ (c. 8 pr. praescr. 30 an. 7, 39) des besitzverlustigen Vollenders der l. t. possessio gewesen sein mag: eine directa rei vind. war sie gewiß nicht. Allerdings giebt §. 1 ib. genau dieselbe utilis r. v. für longissimum tempus. Aber, wenn man zugeben muß, daß aus der justinianeischen l. t. possessio, nach c. un. usuc. transform. 7, 31, Eigenthum entsteht: so ist es nur folgerichtig, auch hierin die longissimi t. p. gleichen Schritt mit jener halten zu lassen.

---

1) Bangerow §. 325 Anm. Nr. 1. Streitig bleibt, ob die C. C. C. art. 209, daß an gestohlner oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Gewehr ersessen werden könne, auch die a. o. Ersitzung ausschließen, oder nur die römische Bestimmung wiederholen will. Da aber deutschrechtlich „gestohlne“ Sachen nicht mit „furtivae“ res zusammenfallen, so muß die Bestimmung ohnedieß als eine selbständige und neue behandelt werden, und ist also zunächst aus sich selbst zu deuten, woraus folgt, daß sie unbedingt jede Ersitzbarkeit ausschließt. Dafür spricht auch das „einige“, welches räthselhaft sein würde, falls der Gesetzgeber nur an eine einzige Art der Ersitzung dächte.

Siebenter Titel.

Von der Eigenthumsbeendigung.

§. 1. Geht der Körper der Sache unter, ſo erlöſcht das Eigenthum. Vgl. Gai. 3, 97 a. Aber freilich ſind die Elemente des Körpers unſterblich in jenem natürlichen Sinne, in welchem die Natur gedeiht durch beſtändigen Stoffwechſel, in einem Sinne übrigens welcher für unſre Rechtsfrage nicht relevirt:

Seneca de beneficiis 5, 8: Rerum natura nihil dicitur perdere, quia quidquid illi avellitur, ad illam redit: nec perire quidquam potest, quod, quo excĭdat, non habet, sed eodem revolvitur unde discedit.

Rechtlich geht unſer Eigenthum unter dadurch daß die Sache die Fähigkeit verliert Gegenſtand menſchlichen Eigenthums zu ſein, insbeſondre durch ihr divini juris fieri: vgl. Gai. 3, 97.

Natürlich hörte das Sklaveneigenthum auf durch den Tod, denn der „Menſch" ging unter: Gai. eit. §. 1 J. inut. stipp. 3, 19. Nicht alſo das Thiereigenthum. Zwar z. B., verzehrte ein wildes unſer zahmes Thier, ſo iſt unſer Eigenthum verſchwunden (l. 8, 2 fam. herc. 10, 2); der Tod allein aber läßt immer noch ein Vermögensſtück übrig: Hörner und Fell u. dgl. bleiben nutzbar. Nur des Menſchen Tod iſt alſo dem „Untergange" der von Natur wirklichen Sachen gleichgeſtellt: l. 40, 1 pecul. 15, 1. Das gänzliche Abbrennen eines Hauſes iſt zwar deſſen Untergang, und kann alſo den obligatoriſchen Vertrag, bei deſſen Abſchluß jene Thatſache ſchon vorlag, gegenſtandlos erſcheinen laſſen wie ächter Sachuntergang (l. 1, 9 o. et a. 44, 7): Eigenthum jedoch geht dadurch nicht unter. Denn das Haus iſt als körperliche Sache abſolut unſelbſtändig. Deßhalb kann es doch im obligatoriſchen Vertrage, relativ, als Prinzipale auftreten, und es wird dieß, wegen ſeiner größern Koſtbarkeit im Verhältniß zum Platze, ſogar die Regel ſein. Ueber den Nießbrauch vgl. l. 5, 2 q. m. usfr. 7, 4: Rei mutatione interire usumfructum placet; veluti usufr. aedium, (si) aedes corruerunt vel exustae sunt, extinguitur, .. nec areae nec caementorum (usufructus debetur). §. 3: Si in ea (Nießbrauchs area) aedificium sit positum, rem mutari .. con-

stat. L. 8 ib.: Fundi usufructu legato si villa diruta sit, usufr. non extinguetur, quia villa fundi accessio est; non magis, quam si arbores deciderint. (L. 9:) Sed et eo quoque solo, in quo fuit villa, uti frui potero. (L. 10 pr.:) Quid tamen, si fundus villae fuit accessio? Die Entſcheidung ändert ſich nicht. (§. 1:) Es bleibt das nämliche Haus, wenn gleich durch verſchiedene Reparaturen allmählich Alles daran neu wurde. Nicht auch, wenn an der Stelle des ganz niedergebrannten oder eingeſtürzten ein neues, täuſchend ähnliches, errichtet wird. (§. 2:) Agri vel loci usufr., si fuerit (sc. ager rell.) inundatus, ut stagnum jam sit aut palus, extinguetur. (§. 3:) Ebenſo im umgekehrten Falle. (§. 4:) Nicht, si in arvo vineae sint positae. Wohl, si, silva caesa, illic sationes fuerint factae (§. 5:) Wohl, si ex massa vasa sint facta, vel contra. (§. 6:) Wohl ornamentum dissolutum aut transfiguratum. (§. 7:) Nicht navis per partes refecta; wohl dissoluta, licet iisdem tabulis, nulla praeterea adjecta, restaurata sit (sive restituta; ebenſo bei domus). (§. 8:) Quadriga (Gegenſatz: equi): si unus ex equis decesserit, (l. 11:) nisi alius ante diem cedentem substitutus sit (Legat). L. 12 pr.: Balneum testator habitationem fecit, vel tabernam diaetam fecit. §. 1: Histrionem ad aliud ministerium transtulit. — Wohl zu beachten bleibt, daß, da hier ſtets Vermächtniß vorausgeſetzt iſt, implizirte Sinnesänderung unterliegt. Beiſpiele andrer Art: l. 31 ib.: usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur. L. 23: Ager inundatus. Ne piscando quidem retinere poterimus usumfr. L. 24 pr.: Flumen hortum occupavit, deinde recessit. Labeo: jus restitutum esse, quia id solum perpetuo ejusdem juris mansisset. Javolen hält dieß nur bei einfacher Ueberſchwemmung für richtig: nam, si, alveo mutato, inde manare coeperit, amitti usumfr., quum is locus alvei publicus esse coeperit neque in pristinum statum restitui possit. §. 1: Das Gleiche gilt für Wegerechte.

Unter Sachuntergang für die Eigenthumsfrage iſt mit c. 1 j. emph. 4, 66 „tanta clades“ zu verſtehen, „quae prorsus etiam ipsius rei facit interitum (fatalitate ingruentem)“, im Gegenſatze zum „particulare vel aliud leve (contingens) damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia“. Doch geht

Eigenthum stets insoweit unter, als der Sachkörper erlischt. Die angeführte Stelle setzt Grundstücke voraus: hier kommt der Fall selten vor — an bloßes extra commercium Treten ist nicht gedacht — z. B. bei Umwandlung in öffentliches Flußbett (inundatio aquarum, qua fundus parsve ejus interit), chasma (Erdöffnung) u. dgl.: l. 10, 1 per. 18, 6. Eine bloße Umwandlung der Erdoberfläche, z. B. indem der Rasen abgehoben und frischer Rasen aufgeführt wird, bewirkt so wenig eine Umwandlung der Individualität des Grundstücks wie das Düngen: Labeo und Jabolen l. 24, 2 q. m. usfr. am, 7, 4. Denn auch die Beherrschung durch den öffentlichen Fluß erzeugt den Eigenthumsuntergang nur durch das extra commercium esse des Herrschenden: l. 7, 5 a. r. d. 41, 1; zweifellos ist aber sowohl die Innigkeit der Verbindung als auch die Superiorität des Flusses: l. 1, 7 i. f. flum. 43, 12.

Der „Sklave" geht unter auch durch Freilassung: §. 16 J. leg. 2, 20, vgl. l. 91, 1 v. o. 45, 1: „(Si servum stipulatus fuero,) si sit quidem res in rebus humanis (z. B. also servus non decessit), sed dari non possit, ut (hierher beziehe man das spätre „puta") fundus religiosus puta vel sacer factus, vel servus manumissus vel etiam ab hostibus si capiatur (auf den Fall des Postliminium bleibt er möglich zu leisten). Item si homo ex praecedenti causa ablatus ei fuerit, quod statuliber fuit". Die einzelnen Sätze dieser Stelle finden ihre Bestätigung durch l. 28 ib.: „Homo post mortem suam dari non potest"; l. 92 pr. sol. 46, 3: „Manumissio morti similis"; was von Manumission, das gilt seit Eintritt des entscheidenden zukünftigen Umstandes von Statuliberität: §. 1 ib. Aus der Todesähnlichkeit der Freilassung ergiebt sich, daß, wer die nuda proprietas hat, mittlerweile nicht wirksam soll freilassen können, denn es darf nicht in seiner Macht stehen, das Recht des Nutznießers zu zerstören: l. 15 q. m. usfr. am. 7, 4.

§. 2. Das Kaufgeschäft ist aus dem Tauschgeschäft entsprungen. Da nicht von jeher es Geldmünzen gab, so existirte ebensowenig der Gegensatz zwischen Preis und Waare, der das Wesen des Kaufgeschäftes ausmacht. Man tauschte Nützliches gegen Unnützes ein. Dazu gehörte gutes Glück, daß man zu rechter Zeit und am rechten Orte grade Denjenigen fand, dem das Umgekehrte

unnütz oder nützlich war. Um den Verkehr von dieser Abhängigkeit von Zufall zu befreien, wählte man einen Stoff aus, dessen Werth überall in der öffentlichen Meinung anerkannt, überall gleich hoch und auf die Dauer war. Aus diesem Stoff schlägt der Staat Geld. So bietet der, in Geldmünzen zertheilte und umgewandelte, Stoff nicht sowohl individuell und durch seinen innern Stoffwerth, als vielmehr quantitativ und gemäß seines Werthes als Münze und Summe, einen Gegenstand für Besitz (Gebrauch) und Eigenthum dar. Nun ist aus dem Tausch der Kauf erwachsen; nun heißen nicht mehr beide einander gegenüberstehende Leistungsgegenstände Waare, sondern der eine wird Preis genannt: Paul. libr. 33. ed.: l. 1 pr. c. e. 18, 1. Es ist bekannt, daß, wer „ein Pferd" oder dgl. versprach, nicht halb leistet durch Uebergabe eines Pferdes, über welches Titius zur andern Hälfte Miteigenthümer ist. Wer aber Geld, welches ihm und dem Titius gehört, ausleiht oder in Schuldtilgung giebt, wird direkt Gläubiger resp. hört auf Schuldner zu sein zu dem ihm gehörigen Theile, mag man das Miteigenthum als vorhanden denken an jeder einzelnen Münze, oder an der (ideellen) Summe die entsprechende Rechtsgemeinschaft annehmen: Pap. libr. 8. qu. l. 94, 1 sol. 46, 3. Beide Auffassungen müssen von römischen Juristen ausgesprochen worden sein; die erstre ist die dem System zupassende, die letztre entspricht der Bedeutung, welche die Welt grade dem Gelde beilegt, daß nämlich dasselbe nicht individuell, sondern als allgemeiner Werthmesser und allgemeines Erwerbsmedium in Summen[1]) seinen Werth habe. Das papinianische Resultat also wurde allseitig zugegeben. Würde nämlich der Empfänger behaupten, ihm sei Nichts geleistet da über keine der Münzen der Geber das volle Eigenthum hatte, würde er also wohl bereit sein das Empfangne zu erstatten, aber Kreditum resp. Schuldtilgung läugnen: so würde er das Wesen des Geldes verkennen; denn, wenn auch Titius und Mävius Miteigenthümer jedes einzelnen Geldstückes waren, so bedurfte es doch keiner Realtheilung, sondern Mävius konnte über die Hälfte der Summe einseitig verfügen, und dieß hat er wirklich gethan. Kreditum oder Debitum sind

1) Natürlich gilt auch Eins schon als Quantität.

aber ipso jure erfolgt, da der Staat selbst durch seinen Münzstempel (forma publica, qua materia percussa est) diesen Geldbegriff realisirte. Es ist also offenbar das Geld eine in dieser Beziehung privilegirte Sache. Was nicht durch Geld gelöst und geleistet werden kann, vermag nicht Inhalt von Forderungsrecht und Schuldpflicht zu sein: Ulp. libr. 28. ad Sab.: l. 9, 2 statulib. 40, 7. Eigenthum existirt in sich selbst, d. h. in der körperlichen Sache; Forderungsrecht existirt mittelbar, d. h. im Geldwerthe. Stipulationen erforderten gleiche Individualität des Gegenstandes in Frage und Antwort, Geldstipulationen nur gleichen Werth; wer, um 60 Kreuzer angegangen, einen Gulden verspricht, ist formell gültig obligirt: Flor. libr. 8. inst. l. 65, 1 v. o. 45, 1.

Am Stärksten tritt das Geldprivileg zu Tage darin, daß, wer Münzen vom Nichteigenthümer in Zahlung empfing, durch die unausscheidbare Vermischung [3]) der empfangenen mit andern Münzen dem Dritteigenthum über jene ein Ende macht. Es liegt eine Vergrößerung einer vorhandnen Summe vor; gehörte ihm diese, so wird er selbst Eigenthümer, oder richtiger: bleibt Eigenthümer: Gai. und Javolen. ex Cassio l. 78 sol. 46, 3. Dem Dritteigenthümer bleiben die Rechtsmittel aus dem Diebstahl, wenn der Geber oder auch der Empfänger eines solchen zu zeihen sind; nicht steht ihm, wie aus sonstigen Quantitätenmischungen, die früher betrachtete incerti vindicatio zu. Diese eigenthümliche Geldvermischung, sagt Dernburg in der Hdlb. krit. Z. Schr. 1 S. 155 f., ist rechtliche Aufzehrung, denn physisch aufzehrbar wie z. B. Getraide und die sonstigen geläufigsten Quantitäten ist grade das Geld nie. In Nichts bedarf der Verkehr, um überhaupt zu gedeihen, einer solchen Freiheit gegen Drittansprüche, wie in Hinsicht auf das allgemeine Tauschmittel: dieses muß seine Zuverlässigkeit und Allgemeinheit behaupten; Vindikation aber eignet ihr Objekt individuell dem Einzelnen ausschließlich zu. Da die öffentliche Bedeutung des Geldes dessen indivi-

3) Neuere zivilrechtliche Gesetzbuchsentwürfe abstrahiren von der Vermischung, theils mit (Hessen) theils ohne (Sachsen) Rücksicht auf guten Glauben. Gegen eine so maaßlose Nichtachtung von Eigenthum, wie sie namentlich die letztre Proposition enthält, erklärt sich, nach Wächter's energischem Vorgange, m. R. Arndts in der krit. Ueberschau 1 S. 381.

duellen Untergang in der Summe bewirkt, so kann die *private* Unredlichkeit des vermischenden Empfängers dessen Eigenthum nicht alteriren: eine ad exhibendum actio würde nicht auf Ausscheidung, die ja wegen Unauskennbarkeit[1]) der Münzen unmöglich ist, gehen, sondern auf das Interesse an der dolosen Bewirkung der Unausscheidbarkeit. Durch die positive Bestimmung der Versagung der Eigenthumsklage sind auch die Evictionsregresse abgeschnitten. Ferner wird Darlehen aus Drittgeld durch diese Vermischung nachträglich wirksam. Wir sehen, wieweit der gemeine Nutzen reichte, als man sich entschloß, die Vindikation des vermischten Geldes zu verwerfen.

Bei Lichte betrachtet, kann dieses stärkste Privileg des Geldes als ein „Privileg" nur *nach* der systematischen, nicht nach der rechtsgeschichtlichen Seite erscheinen. Die Strenge des ursprünglichen Rechts nämlich forderte, daß, wer vindizirte, die Sache klar vorliegend haben mußte. Daher die ad exhibendum actio bei Verbindung meiner mit deiner Sache die gebotene Vorläuferin der Vindikation war. Nun ist eine Quantität keine körperliche Einheit; in ihr lagen meine Körner u. dgl. klar vor; aber sie waren nicht ausscheidbar, sie waren unerkennbar: dann war streng genommen zwar nicht mein Eigenthum erloschen, aber dessen *Beweis* niemals zu erbringen, was „mein" sei niemals behufs der thatsächlichen Vindikation auszufinden. Von dieser Strenge wich man, des gemeinen Nutzens wegen, für alle andern Quantitäten ab durch Erweiterung der Sphäre der Vindikation, durch freiere Behandlung dieser Klage, durch Gestattung einer incerti vindicatio. Beim Gelde dagegen sprach der gemeine Nutzen *gegen* diese damalige Singularität. Das rechtshistorisch Neue war also zur Zeit des *Gaius* nur, daß man beim Gelde diese Unnachweisbarkeit auch formell als Verlust des Eigenthums kennzeichnete.

Dernburg hat Recht, diese Geldvermischung ein rechtliches Aufzehren zu nennen; consumpti für commixti numi sagen, um nur einige Quellenstellen anzugeben, l. 25, 1 usfr. 7, 1 l. 18 pr. u. §. 1 r. c. 12, 1. Consumuntur numi auch durch das Ausgeben; aber überall da ist der Ausdruck gleich „commiscentur"

1) Vgl. *Puchta* Inst. §. 242 Note b.

zu nehmen, wo als Surrogat der Vindikation, welche unmöglich ist, die Kondiktion gegeben wird. Geld kann ich empfangen und wieder ausgeben in dem nämlichen versiegelten Sacke; war ich dabei redlich, so kann der Eigenthümer nicht gegen mich kondiziren, wohl gegen den Drittempfänger vindiziren, oder, falls mittlerweile vermischt war, gegen diesen kondiziren.

Es ist als Regel aufzustellen, daß gegen den Vermischenden aus der Thatsache der Vermischung, ohne Delikt, ein Forderungsrecht des frühern Eigenthümers erwächst auf den Werth seines ehemaligen Geldes; dieses Recht ist ein subsidiäres schon darum weil dasselbe auf bloßer Billigkeit beruht: Ulp. l. 11, 2 r. c. 12, 1. War also dolo malo kommiszirt, so geht die ad exhibendum actio gegen ihn als einen fictus possessor, qui d. m. desiit possidere, vor.

Schwierigkeit entsteht, falls der Geldvermischer durch die Vermischung selbst Darlehensschuldner wird: Pomp. l. 12 i. f. ib. [1]) Soll er nun dem bisherigen Eigenthümer und überdieß seinem Kredenten haften? Offenbar wäre dieß das Unbilligste von der Welt. Aber, da unsre Kondiktion nur subsidiär ist, und auch gegen den redlichen [2]) Kredenten dem bish. Eigenthümer die Klage zusteht in quantum ex re apud eum superest, so muß der Kredent, falls er nicht vorzieht das Geld zu ersetzen — z. B. weil er vortheilhafte Darlehensbedingungen hat —, seine condictio mutui zediren. Also: Haftet der Vermischer Dritten, so haftet er nicht dem bisherigen Herrn des Geldes als solchem.

Waren Mehrere Eigenthümer des Geldes, so kondiziren sie pro parte, nicht auf einen „Bruchtheil der Summe", sondern auf bestimmte Geldquantität, denn Geld ist von selbst getheilt durch eine Mehrzahl Berechtigter: l. 13, 2 ib.

Ist mit fremdem Gelde eine Schuld bezahlt und der redliche Empfänger vermischte das Geld, so haftet er dem bisherigen Herrn nicht, denn das jetzige Resultat ist, daß er bekam was ihm gebührte. In diesem Falle, wie im obigen, liegt eine Bereicherung

1) Ueber theilweise Vermischung siehe l. 13, 1 ib. Ulp. Pap.

2) Nur als Kredent: l. 13 pr. ib.

auf Kosten Dritter nicht vor: l. 14 ib. Wohl ist der Zahlende unbillig bereichert, und zwar um den Betrag seiner Schuldbefreiung; dieses reine lucrum ex re also er muß erstatten, d. h. den bisherigen Geldherrn als seinen Gläubiger anstatt des bish. Gläubigers anerkennen.

Von unserer Kondiktion handelt auch Ulpians l. 18, 1 ib.; das princ. würde hierher gehören, falls daselbst wirklich der Dissens de causa den sofortigen Eigenthumsübergang ausschlösse.

Ein Mündel kann ohne Vormundsvollwort kein Eigenthum übertragen, weder zu Begründung eines Darlehens noch zu Tilgung einer Schuld: aber die Geldvermischung, da sie den Eigenthumsübergang bewirkt, realisirt auch diesen einen oder andern geschäftlichen Zweck: Jul. l. 19, 1 ib. Offenbar wird dasselbe erreicht, sollte die Vermischung auch erst bei einem Drittempfänger erfolgen; so können zwei und mehrere Geschäfte durch eine Vermischung gleichzeitig gültig werden. Die zitirte Stelle redet abermals von „consumere“ und denkt dabei nicht an das einfache Geldausgeben. Aber absolute Konsumption ist auch in der That nur das Vermischen; der Ausgebende konsumirt relativ: Nepos in Themistocle 2: Quum pecunia publica, quae ex metallis redibat, largitione magistratuum quotannis interiret: ille persuasit populo, ut ex pecunia classis aedificaretur. „Pecunia quae servari non potest“ in l. 30 h. p. 5, 3 von Paulus bedeutet nur die Unsicherheit ausstehender Kapitalien.

§. 3. Sachen, aus dem Meere gezogen, gehören dem Herausziehenden, falls und seitdem ihr Eigenthümer auf dieß Eigenthum verzichtete: Jav. ex Cassio l. 58 a. r. d. 41, 1. So erzählt Pomponius, Steine seien in den Tiber versenkt durch Schiffbruch, und nach einiger Zeit herausgezogen. Er knüpft daran die Frage, ob mittlerweile das Eigenthum darüber in unversehrtem Zustande fortgedauert habe? Ulpian l. 13 pr. a. p. 41, 2 antwortet: das Eigenthum, ja; der Besitz, nein. Unähnlich dem flüchtigen Sklaven, den wir auch zu besitzen rechtlich fortfahren, damit er nicht selbst uns des Besitzes berauben könne; ein Argument, welches sichtlich auf Steine nie paßt.

In all jenen Fällen dauert das Eigenthum darum fort, weil die Sache nur äußerlich und scheinbar,

nicht innerlich und wirklich zu Grunde gegangen war. So schrieb Pomponius zum Sabin, bei Ulp. ad Sab. l. 14, 2 praescr. v. 19, 5: falls Jemand einen fremden Silberkelch in die Tiefe weggeschleudert, aus reiner Schadenfreude, nicht aus Eigennutz, so stehe weder Diebstahls- noch aquilische Klage zu, sondern nur eine in factum actio. Freilich der Becher existirt noch unversehrt. Oder: Jemand schlägt mir Geld aus der Hand. Sabin hält die aquilische Klage für zuständig, falls jenes Geld dadurch so unterging, daß es zu Niemanden mehr gelangen kann; falls es also z. B. in den Fluß, in das Meer, in die Kloake fiel. Wäre es dagegen an Jemanden gekommen durch die innere und äußere Beihülfe jenes Thäters, so wäre wegen Diebstahls zu klagen; und insoweit waren schon die Juristen der Republik derselben Meinung. Aber auch Sabin hält bereits, die in factum actio zu geben, für rechtlich möglich: Ulp. l. 27, 21 Aq. 9, 2.

§. 4. Der gerichtliche Zuschlag verlorener Sachen, falls der Verlierer weder vor noch in dem Ediktalladungstermine sich meldet, erfolgt nach preuß. L. R. 1, 9 §§. 43. 44. an den Finder allein bei Sachen im Werth von höchstens 100 Thalern; für höhere Beträge konkurriren die Ortsarmen (§. 45 ib.) zur Hälfte, jedoch unter Vorabzug der Hundert (§. 46). Befinden sich an dem Gerichtsorte mehrere Armenkassen, so geht die Armenkasse desjenigen engern Bezirks vor in welchem die Sache gefunden worden, subsidiär entscheidet unter ihnen die persönliche Eigenschaft des Finders (§. 48). Hat der Verlierer seinen Verlust nebst deutlicher Beschreibung der Sache vor dem Zuschlage publizirt, so darf kein Richter derjenigen Provinz, in deren Zeitung diese Publikation geschah, zuschlagen (§. 50), und würde der dennoch erfolgte Zuschlag kein Eigenthum übertragen: §. 52.

Das österreichische G. B. verpflichtet in §. 389 den Finder, dem vorigen Besitzer, wenn derselbe aus den Merkmalen der Sache oder aus andern Umständen deutlich erkannt wird, die Sache zurückzugeben; andrenfalls muß er, wenn der Fund einen Gulden am Werthe übersteigt, denselben binnen 8 Tagen publiziren; wenn 12 Gulden, den Vorfall der Ortsobrigkeit anzeigen. Nach §. 390 hat die Obrigkeit, ohne die besondren Merkmale des Fundes anzugeben, jene Anzeige in ortsüblicher Weise sofort zu publiziren.

Entdeckt der Eigenthümer binnen dekretaler Frist sich nicht, und ist zugleich der Fund über 25 Gulden werth, so muß dreimalige Verkündigung in den öffentlichen Zeitungsblättern erfolgen. Meldet der vorige Inhaber sich binnen Jahresfrist (§. 391) und weist sich aus, so empfängt er die Sache resp. deren Erlös in Geld, gegen Ersatz der Auslagen und Entrichtung verlangten Fundlohns im Werthe eines Zehntheils der Sache. Soweit dieser Lohn indessen 1000 Gulden übersteigen würde, muß der Finder sich mit einem Zwanzigsttheil begnügen. Nach verjährter Anmeldefrist (§. 392) tritt der Finder in die Nutzung ein, Eigenthümer aber wird er erst durch Ablauf der ordentlichen Verjährungszeit; meldet der Verlierer sich inzwischen, so sind die Zinsen ihm ebenfalls zu erstatten. Mitfinder (§. 394) ist auch, wer zuerst die Sache entdeckt und danach gestrebt hat, dem aber ein Andrer im Ergreifen zuvorkam. Kein Fundlohn (§. 396) findet wegen verborgener Sachen statt, falls der entdeckte Eigenthümer beweisen kann, um Thatsache und Ort des Verborgenseins gewußt zu haben.

Das französische G. B. behält die Bestimmung über Eigenthumsverlust des nicht sich meldenden Verlierers besondren Gesetzen vor: art. 717, 2. Das badische L. R. 717a setzt die Frist von drei Jahren seit öffentlicher Bekanntmachung durch den Finder am Fundorte; hernach fällt das Ganze dem Finder zu.

§. 5. Sachen, welche im Meeressturme, das Schiff zu erleichtern, aus demselben geworfen werden, verlieren ihren Herrn keineswegs. Denn es liegt offen zu Tage, wie sie nicht in dem Sinne hinausgeworfen wurden, weil man sie nicht mehr zu eigen haben will (l. 2, 8 jactu 14, 2), sondern daß man um so mehr mit dem Schiffe selbst der Seegefahr entrinne. Wer daher jene Sachen, seien sie von der Fluth an's Land gespült, sei es im Meere selbst, erlangt und sie aus Eigennutz mit sich wegnimmt, begeht ein Furtum: Gai. libr. 2. aur. l. 9, 8 a. r. d. 41, 1. Groß ist der rechtliche Unterschied keinen Falls zwischen jenen Sachen und solchen, welche, seitens ihrer Herren unbemerkt, vom rollenden Wagen fallen: §. 48 J. r. d. 2, 1. Die Ueberzeugung, man werde sein Eigenthum nie wieder sehen, ist kein Verzicht auf das Eigenthum. Gleichwohl kann verzichtet werden; nur, daß dieß geschehen sei, ist nie zu vermuthen. Erfährt man aber z. B., unsre Sachen seien

gestrandet, und erklärt es für nicht der Mühe werth sie den Strandbewohnern wieder abzuverlangen, so hat man verzichtet. Anders, wenn man an ein Strandrecht fälschlich glaubte. Im Ganzen also giebt man im Schiffswurf freiwillig den Besitz auf; das Eigenthum dagegen verliert man nicht: die Sache steht rechtlich der verlorenen, nicht der verlassenen (derelinquirten) gleich. Nähme man selbst ein Verlassen an: dessen Sinn wäre gleichwohl unsre Rettung, nicht aber Eigenthumsverzicht. Zu unsrer Rettung genügt das thatsächliche, mehr als dieses nutzt nicht das rechtliche Aufopfern der Sache. Das Opfer erscheint als vorübergehend, nicht als auf immer geboten.

Durchaus nicht klar zu unserer Frage stellt sich Ulpian ad Sab. l. 43, 11 furt. 47, 2: Im Zweifel sei der Werfer als ein Verzichtender zu erachten, weil er überzeugt sei, als gewiß annehme, die Sache werde untergehn. Aber dieses Wissen (Glauben) ist kein Wollen.[1]) Selbst Ulpian gibt den entgegengesetzten Sinn der That als einen erweislich möglichen zu, daß der Werfer Eigenthümer auf den Fall der Rettung der Sache bleiben wolle. Im Widerspruche zum römischen Juristen müssen wir behaupten, daß, auch wenn der Werfer gar nicht an diese Möglichkeit denkt, dieß seinen Sinn und folglich die Bedeutung der positiven That nicht ändert. Wir brauchen uns gar nicht zu stützen auf den in der Natur und im positiven Recht wohlbegründeten Satz, daß Verzichte nie zu vermuthen stehen und streng zu deuten sind. Würde Jemand den Werfer vorher fragen: er würde immer antworten, „die Sache will ich nicht opfern, ich muß". Der Zwang ist allerdings nur ein psychologischer. Aber er bringt nur Besitzespreisgebung hervor; nur diese ist dem Willen geboten. Ueber die Wahrheit hinaus geht der Ausdruck des preuß. L.-R.'s 1, 9 §. 17: „Wer durch äußere Umstände genöthigt wird, Sachen wider seinen Willen aus seiner Gewahrsam zu lassen, der hat dadurch sich seines Eigenthums noch nicht begeben." Dagegen spricht das ewig Wahre: Quamvis coactus voluero, volui tamen. — Ul-

1) So kann ich auch Höpfner nicht beistimmen, der in seinem Inst.-Komm. §. 306 dem Ulpian Recht geben möchte, falls die Sache unverzüglich im Wasser verderben müßte — z. B. eine Kiste Zucker wäre —, und wider Hoffen Jemand sie sofort aufzufischen vermöchte.

pian nun will das Furtum wegdeuten und nimmt daſſelbe nur dann an, falls der Erwerber um jenen ausdrücklichen Nebenſinn des Werfers wiſſe und gleichwohl die Sache ſich eigennützig — nicht um ſie dem Herrn zu retten — zulege. Sehen wir zu, daß die phöniziſche Heimath hier nicht dem römiſchen Juriſten einen böſen Streich ſpielt! Denn derſelbe Ulpian referirt in l. 1 pr. de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata 47, 9 das zu ſeiner Zeit unbeſtritten gültige, von ſpätren Kaiſern (Diokletian) aufgenommene (c. 18 furt. 6, 2: kumulativ zur alten Strafe) Edikt, wonach die doloſe Ausübung auch des ſ. g. Strandrechts einem handfeſten Diebſtahl, hinſichtlich des Belaufes der jährigen Klage, praktiſch gleichgeſtellt wird. Freilich dreht der Streit ſich grade um den dolus; wir aber können nur dann das Furtum ausſchließen, wenn der Ergreifer an die Wirklichkeit des ſ. g. Strandrechts rechtsirrthümlich glaubte. Das Edikt lautet:

Praetor ait: In eum, qui ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur, in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum judicium dabo; item in servum et in familiam judicium dabo.

„Naufragio“ unterliegt beſondrer Prüfung in §. 5 ib., ob es ſich auf die Zeit des Schiffbruches beſchränke, oder die Beſtimmung auch von der ganzen nachfolgenden Zeit zu gelten habe. Denn „res ex naufragio heißen auch ſolche, welche nach dem Schiffbruche am Strande liegen“. „Et magis est, ut eo tempore (Gai. ad ed. prov. l. 2 ib.:) et loco (Ulp. l. 3 pr. ib.;) quo naufragium fit vel factum est, (sc. in continenti) si quis rapuerit, incidisse in edictum videatur.“ Wer aber die am Strande liegende Sache, nachdem der Schiffbruch geſchehen iſt, wegnahm, iſt nur Fur, nicht auch Räuber. — Vom ſpeziellen Schiffswurf iſt hier allerdings nicht die Rede; demungeachtet paßt das Geſetz auch hierauf.

Früh unter den Kaiſern ſcheint auch der Fiskus Anſprüche auf das geſtrandete Schiff und deſſen Ladung erhoben zu haben, weil Antonin ausdrücklich die Nichtigkeit ſolcher Anſprüche reſkribiren mußte: c. 1 naufragiis 11, 5. Und das ſ. g. Strandrecht blieb in partikulärer Uebung. Die authentica Fridericiana

ad c. 18 fart. 6, 2 tilgt daſſelbe wiederum aus und erklärt die Gewohnheiten für unrecht, „nisi talia sint navigia, quae piraticam exerceant privatutem, aut sint Nobis sive Christiano nomini inimica.“ Die Frevler ſollen ihr Vermögen an den Staat verlieren und nach Bedürfniß (z. B. als vermögensloſe) ſonſtwie Strafe finden. Mehrmals haben die ſpätern Reichsgeſetze das Strandrecht aufgehoben. Auch das preußiſche Publikandum vom 31. Dez. 1801 wegen der den Strandbewohnern in Weſtpreußen bei Strandung der Schiffe obliegenden Pflichten (preuß. L. R. hinter 2, 15 §. 87) faßt die vorhandenen geſetzlichen Beſtimmungen deßhalb kurz zuſammen, weil der Grund der Strandräubereien z. Th. in der Unbekanntſchaft der Strandbewohner mit den vorhandenen geſetzlichen Vorſchriften zu ſuchen ſei. Das L. R. ſelbſt in 2, 15 §. 80 erklärt: Die Häfen und Meeresufer und was auf dieſe von der See ausgeſpült oder ausgeworfen wird, ſind nach gemeinen (?) Rechten ein Eigenthum des Staats. — Jahrhunderte lange Mißverſtändniſſe ſind kein gemeines Recht. Jedenfalls liegt in dem Paragrafen eine übermäßige Erweiterung des Zuwachsrechts. Freilich ſchließt grade auch das preuß. L. R. die Drittokkupation von Mobilien aus, welche auf fremdem Boden liegen. Nach §. 81 begiebt ſich jedoch der preußiſche Staat des ſ. g. Strandrechts zum Beſten der auf der See Verunglückten. Nach §. 87 behält ſich gegen fremde Nationen, welche das Strandrecht noch ausüben, der Staat eben dieſes Recht zur Schadloshaltung ſeiner verunglückten Unterthanen ausdrücklich vor. Durchaus gemeinrechtlich iſt der Inhalt der Kabinetsordre v. 23. Juli 1833 (hinter L. R. 1, 9 §. 21 Nr. 3): Niemand iſt befugt, die bei den Uebungen der Artillerie verſchoſſene Eiſenmunition ſich anzueignen, widrigenfalls er der Unterſchlagung fremden Eigenthums ſchuldig iſt.

§. 6. Eigenthum geht verloren durch Wiederauflöſung des geſchehenen Erwerbs. Die Wiederauflöſungsfähigkeit iſt hier als ein dem Erwerbe ſelbſt innewohnendes Element zu denken. Am Bedeutendſten iſt für die praktiſche Betrachtung der Ausfall der Erwerbsbedingung. Die oberſte Frage bleibt die: Iſt dieſe Bedingung im Zweifel eine aufſchiebende oder auflöſende?

Ulpian ad Sab. l. 2 pr. in diem addict. 18, 2 verzichtet darauf, eine abstrakte Vermuthung feststellen zu können, ob die in diem addictio (von welcher Ulpian l. 41 pr. r. v. 6, 1 noch die melior condicio afferenda unterscheidet) den einen oder den andern Charakter habe. Man müsse unterscheiden:

1) Trägt das Hauptgeschäft positive Form, und ist der dies in ein Nebengeschäft über Auflösung des Hauptgeschäftes mit positiver Bedingung gekleidet, so ist die Vermuthung für auflösenden Charakter. —

2) Ist dagegen nur das Hauptgeschäft errichtet, und dieses zwar auf die negative Bedingung, daß ein besseres Gebot binnen bestimmter Zeit erfolgen werde, gestellt, so haben wir aufschiebendes Wesen dieser Bedingung anzunehmen; nicht dagegen ist Ulp. l. 3 q. m. pign. solv. 20, 6, der gar nicht unsre Frage berührt sondern die Fassung der in diem addictio nur darum möglichst kurz angiebt weil er lediglich den Gegensatz zu der Wirkung des käuferisch bedungenen Reuerechts hervorheben will: dort nämlich soll der Erfolg der Bedingung das vom Käufer errichtete Zwischenpfand erlöschen machen, hier nicht. —

Nur im erstren Falle demnach geht, so wie aus gewöhnlichem Kaufe, das Eigenthum der Waare auf den Käufer über (l. 2, 1 in diem addict. 18, 2), wirkt also der Erfolg des Nebengeschäftes die Auflösung solches geschehenen Erwerbs, so sehr, daß die sachlichen Belastungen des Zwischenherrn nun, aber nicht rückwärts hin, ihre rechtliche Existenz als jura in re verlieren: Marcell. Ulp. l. 4, 3 ib.

Der Verfallvertrag, lex commissoria, hatte die Form eines Nebengeschäfts, also stritt die Vermuthung für auflösenden Charakter: l. 1 commissaria 18, 3. Zwischenherr ist folglich der Empfänger: arg. c. 3 pp. inter empt. 4, 54. Ein Beispiel von Verzug des Verkäufers in Annahme des dargebotenen Preises giebt l. 8 commiss. 18, 3.

Wenn nun in diesen Fällen die Auflösung des Eigenthums des Zwischenherrn zwar ohne Erforderniß der Rückgabe, also von selbst, gleichwohl aber nicht mit rückwirkender Kraft statt hat: so verhält sich Letztres entgegengesetzt für die persönlichen Klagrechte. Diese stehen im eigentlichsten Sinne ex tunc zu; das ist

für die Zwischenfrucht wichtig: Vat. fr. §. 14; denn auch aus unbedingtem Kauf hat der Käufer „omne commodum rei“ seit dem Vertrage zu fordern: §. 15 ib.

Der Rückerwerb des Eigenthums in diesen Fällen geschieht zwar nur gemäß dem Willen des Nebengeschäftsgläubigers, aber, im Falle dieses Willens, nicht erst von dessen Zeitpunkte an sondern sofort vom Zeitpunkte des erfolgten Nebengeschäfts: c. 4 pp. int. empt. 4, 54.

Ein andres Beispiel ist das bedingte Vermächtniß, rücksichtlich des Zwischeneigenthums (l. 66 r. v. 6, 1) des Erben: l. 105 cond. 35, 1. Daß nämlich der Bedingungseintritt dem Legatar das Eigenthum nicht ex tunc verschafft: dieß wird bewiesen durch die rechtliche Gleichstellung unsres Beispielfalles mit der nutznießerischen Fruchtziehung bei Ulpian l. 12, 5 usufr. 7, 1. Man wird auch aus dem „ab initio“ der schwülstigen c. 3, 3 comm. de leg. 6, 43 einen Gegenbeweis kaum herleiten können; denn wie wäre mit dem Rückerwerb ex tunc zu vereinbaren, daß die durch den Zwischenherrn dem Grundstücke erworbenen Servituten bestehen bleiben? l. 11, 1 quemadm. serv. am. 8, 6. Rückerwerb ex tunc hat statt z. B. aus erfolgtem Postliminium. Diesen Fall stellt dem bedingten Legat nach Eintritt der Bedingung entgegen: l. 11, 4 exc. r. jud. 44, 2, so, daß das Wesen des Rückerwerbs ex nunc in einer klaren und wichtigen praktischen Konsequenz hervorleuchtet. War nämlich in solchen Fällen vor Eintritt des entscheidenden künftigen (bedingenden) Umstandes Eigenthumsklage erhoben worden seitens Dessen, der nicht schon Herr ist aber jene Anwartschaft hat, so steht, zum sichersten Zeichen daß von zurückwirkendem Erwerb durch denselben bei Erfolg der Bedingung keine Rede sein kann, einer nach Eintritt des Ereignisses erneuerten Eigenthumsklage eine exceptio rei in judicium deductae oder rei judicatae keineswegs entgegen; vielmehr ist nova vindicandi causa vorhanden. Daß kriegsgefangne Sachen bereits im Erbtheilungsverfahren Berücksichtigung finden — l. 22, 5 fam. herc. 10, 2 —, daß ihr Werth gegen Sicherheitsleistung, oder nur der Werth der Hoffnung bereits abgeschätzt und geleistet werden kann — l. 23 ib. —: dieß sind Dinge, welche den Gegensatz der beiden Klassen des Rückerwerbs nicht berühren.

Andre Fälle des Rückerwerbs ex nunc und ipso jure bieten dar: die Rezission der Veräußerung mittelst Pauliana actio: §. 6 J. aa. 4, 6; das Dotaleigenthum der Frau nach Eheauflösung: c. 30 j. dot. 5, 12; das Eigenthum der Vorkinder an den lucra nuptialia erster Ehe, bei Eingehen zweiter Ehe seitens ihres überlebenden Elterntheils: c. 3. pr. sec. empt. 5, 9 (ann. 362), [1]) ebenso an dem Erbtheil dieses Parens [2]) in das Vermögen eines jetzt erst versterbenden Vorkindes: §. 1 ib. Sterben alle Vorkinder, so ist der überlebende Elterntheil wieder Eigenthümer der lucra: §. 2 ib. Diese gesetzlichen Nachtheile sind weiter ausgeführt in den Authentiken a. a. O., nämlich Nov. 22, 23. 25. 46. Nov. 2, 3. Da aber die Bestimmung der c. 3 §. 1 cit. unbillig war, 1) insofern sie nicht beiden Eltern das gleiche Recht zumaß, 2) dadurch daß sie über die lucra und das angeborne Interesse der Vorkinder hinausging und das ganze irgendwoher stammende Vermögen eines Geschwisters umfaßte, die Mutter über die Sicherung der Vorkinder hinaus durch Entziehung jenes Vermögens strafend: so ist es nur zu loben, daß diese Ueberschreitung des richtigen Prinzips wieder aufgehoben wurde, und die Mutter jetzt nur die denselben lucris nuptialibus entstammten Stücke des Kindesintestatvermögens nicht zu eigen bekommen soll. Nach einer andern Authentike am nämlichen Orte — Nov. 22, 26 — erwirbt der überlebende Elterntheil durch den kinderlosen Tod eines Vorkindes das Eigenthum der Rate der lucra nuptialia, soweit diese ihm vertragsmäßig auf den Fall nichtvorhandener Kinder zugewendet waren. [3]) Veräußerungen des überlebenden Parens aus den ihm eventuell nicht gehörigen lucra nuptialia werden nichtig durch Eingehung der zweiten Ehe: Nov. 2, 2 pr.: es sei denn daß sie ihm zugewendet waren auf den Fall nichtvorhandener Kinder: dann nämlich ist die Gül-

1) Da Nießbrauch und (c. 8, 5 ib.) Verwaltung dem Parens zustehen, so bedarf es besonders wegen beweglicher Sachen einer Sicherstellung an die Kinder: c. 6, 1 sec. nupt. 5, 9. Nov. 2, 4. 22, 45. Aber auch abgesehen davon haben die Kinder aus ihrem Rechte den Vorzug vor dem Dritterwerber durch ihr dingliches Klagrecht: c. 6, 2 ib.

2) Dieser Nachtheil traf nur die Mutter, nicht auch den Vater.

3) Sonst schließen auch fremde Erben des Vorkindes den neuverheiratheten Parens aus: tit. Cod. cit. i. f.

tigkeit der Veräußerung in der Schwebe (Erwerb eventuell ex tunc) bis zum Tode des Parens oder dem frühern Tode der Kinder, andrenfalls bis zum Tode der vom überlebenden Elterntheil beerbten Kinder. Lucra nuptialia verſchiedener Ehen werden unter die reſpektiven Kindergeſammtheiten abgeſchichtet: c. 4 sec. nupt. 5, 9. Ein Hauptgeſetz über die Materie iſt c. 5 ib., vergl. Nov. 22, 20 §. 1. Frauen- und Mannes-Mitgift ſind Präzipua der Kinder nach Kopftheilen aus dem Nachlaſſe des nachverſterbenden Elterntheils: §. 2 ib. Nach Nov. 98, 1 erwerben die Kinder dieſes Eigenthum unmittelbar durch die Eheauflöſung, ohne Rückſicht auf zweite Ehe. Aber nach Nov. 127, 3 iſt ein Kopftheilseigenthum geſetzliche Belohnung des der neuen Ehe ſich enthaltenden Vorfahren (Erwerb ex tunc). — Die Vorkinder ſind von ſelbſt Eigenthümer Desjenigen, was ihr überlebender Elterntheil aus ſeinem Eigenthum ſeinem neuen Ehegatten über die geſetzliche Schranke hinaus zuwendete: c. 6 pr. sec. nupt. 5, 9.[1]) Ebenſo ſind ſie Herren der weder unter Lebenden noch auf den Todesfall (c. 8, 2 ib.) veräußerten lucra nuptialia, welche nach dem Tode des letztverſtorbnen Parens, obwohl derſelbe nicht zu neuer Ehe geſchritten war, zu deſſen Erbſchaft gehören, ſollten[2]) ſie gleich denſelben nicht beerben: c. 6 cit. §. 3. Selbſtredend iſt, daß alle dieſe geſetzlichen Vorzüge auf die geſammte Deszendenz nach den Grundſätzen der Inteſtaterbfolge in Stämme und mittelſt ſ. g. Repräſentationsrechts fallen: c. 7 ib. — Strafen des verletzten Trauerjahrs (c. 1 ib., vgl. Nov. 22, 40. 39, 2 beſonders §. 1 ib.) würden hierher gehören, falls ſie nicht im kanoniſchen Recht durch gänzliche, nicht nur auf Infamie bezügliche Aufhebung ihre Erledigung gefunden hätten. Nur für den Fall, daß die Mutter ohne neue Ehe binnen des Trauerjahrs niederkommt ohne daß das Kind der frühern Ehe zugetheilt werden kann, läßt ſich theoretiſch die gemeinrechtliche Fortdauer jener Strafen behaupten; indeß praktiſch dürfte ein Inſtitut kaum mehr

1) Univerſalpfandrecht am Vermögen des Stiefparens: c. 8, 4 ib.

2) Kinder als Inteſtaterben zum Theile haben das Vorzugsrecht nicht gegenüber Geſchwiſtern welche, z. B. durch Abſtinenz oder Repudiation, nicht Inteſtaterben werden: c. 8 cit. §. 3.

einen Anspruch auf Gültigkeit haben, dessen eigentliche Wurzel abgeschnitten ist, zumal da jener Fall zu den allerseltensten zählt.

Wohl zu unterscheiden von den Fällen der Wiederauflösung eines geschehenen Erwerbs unmittelbar und ohne Rückziehung sind nach l. 12, 5 usufr. 7, 1 die Fälle *schwebenden* Eigenthums: z. B. der Heerdenutznießer zieht die Jungen, aber sein Jungeneigenthum schwebt bis er die Heerde ergänzt hat: l. 70, 1 usufr. 7, 1 (die Zwischengefahr trägt der Nutznießer: §. 2 ib.); der Nießbrauchsklave kauft und empfängt nach Sicherstellung oder Kreditirung des Preises: bis der Preis gezahlt ist von seinem Herrn oder aber von seinem Nutznießer, oder aus des Einen von Beiden Vermögen (Pekul: l. 43, 2 a. r. d. 41, 1) schwebt zwischen Beiden das Waareeigenthum. Eigentlich ist in den Fällen dieser Art inzwischen Niemand Eigenthümer, gleichwohl stellen Zwei alternativ den Eigenthümer so dar, daß jeder Dritte von der Mitwirkung ausgeschlossen bleibt. Auch die Zwei schließen der Eine den Andern aus, aber es ist inzwischen ungewiß, zu wessen von Beiden Gunsten oder Ungunsten dieß der Fall sei. Denn freilich solidarische Miteigenthümer sind undenkbar. Gleichwohl ist die Sache nicht unbeherrscht. Ein spätrer Umstand löst durch seinen Eintritt die Frage, wer von Beiden schon früher der wahre Eigenthümer war. Es ist dieß derselbe Umstand, welcher durch seinen Eintrittsverzug die Schwebe herbeigeführt hatte. Er klärt, erfolgend, die Sache dahin auf, daß der Andre niemals Eigenthümer gewesen ist.

Der Gegensatz beider Klassen von Fällen ist mit Gründlichkeit und überzeugender Schärfe nachgewiesen von *Fitting* „über den Begriff der Rückziehung" Erlangen 1856. Den nächsten Anstoß zu der Behandlung dieses Gegenstandes fand F. in der Frage, ob die erfüllte Bedingung eine rückwirkende Kraft habe oder nicht. Aber über diese Frage hinaus hat, wie er richtig fühlt, die Untersuchung sich zu erstrecken.

So oft ein zweifelhaftes Rechtsverhältniß durch Hebung des Zweifels bestimmte Rechtsnatur gewinnt in solcher Stärke, daß erhellt, es habe seit seiner Begründung nie eine andre Natur gehabt: so oft ist Rückziehung geboten: l. 15 r. dub. 34, 5. Ueberträgt der Nichteigenthümer die Sache einem Dritten „zu eigen" und wird späterhin Eigenthümer, so erwächst dem Dritten nicht

kommt Eigenthum: denn zweifelhaft konnte es nicht sein, ob jene Veräußerung Eigenthumsübergang bewirke; um so weniger konnte das spätre Ereigniß eine Rückziehung zu bedeuten. War dagegen der Veräußerer schon damals „alternativer" Eigenthümer, so verschafft der spätre Ausfall der Alternative zu seinen Gunsten dem Dritterwerber das Eigenthum, denn, obwohl Jener zur Veräußerungszeit gewiß nicht „seine" Sache hingab, — eben um des Zweifels willen —, so hat es sich jetzt dennoch gezeigt, daß er schon damals Eigenthümer war. Beispiel: der Hausvater veräußert aus dem kastrensischen Pekul, das Hauskind stirbt vor ihm ohne Testament, oder nicht: l. 98, 3 sol. 46, 3. Zweifelhaft in diesem starken Sinne ist der Erwerb von Rechten aus einem wegen Pflichtwidrigkeit anfechtbaren Testament; die Entscheidung bringt die Realisirung der Intestatansprüche, oder nicht: l. 57 pr. usfr. 7, 1. Ebenso zweifelhaft ist für die juristische Betrachtung das Dasein eines Kindes während der Schwangerschaft der Ehefrau; die Entscheidung bringt die lebende Geburt des Menschen, oder nicht: l. 7 manum. test. 40, 4. Ebenso zweifelhaft ist die rechtliche Fortdauer der Persönlichkeit und der bürgerlichen Rechte des Kriegsgefangenen;[1]) die Entscheidung bringt die Heimkehr, oder nicht: l. 16 capt. 49, 15; stirbt er vorher, so gilt er als auf dem Schlachtfelde im Vollbesitz der persönlichen und bürgerlichen Rechte gefallen: l. 9, 2 lib. et post 28, 2, im[2]) Interesse der Erbschaft.

---

1) Die provisorische Regulirung, daß er mittlerweile Sklave sei, steht der Zweifelhaftigkeit nicht entgegen: Gai. 1, 129. Ulp. 10, 4. Paul. 2, 25 §. 1. Schweben der väterlichen Gewalt: l. 12, 1 capt. 49, 15. Dem unmündigen Hauskinde war ein Tutor nicht, wohl dem Vermögen ein Kurator, zu geben, denn die Suität jenes Unmündigen stand mittlerweile so wenig fest wie dessen Hauskindschaft: l. 6, 4 tutel. 26, 1. Ueber l. 1, 12 Sil. 29, 5 siehe Hase j. postl. S. 74 ff. Dem Zwischenbarleiher an das „Hauskind oder nicht" wird mit Rücksicht auf das SCtum Macedonianum die Klage denegirt bis die Heimkehr des Vaters unmöglich wird: l. 1, 1 Mac. 14, 6. Dreijährige Gefangenschaft des Vaters setzt das Hauskind in die Lage, ohne Konsens heirathen zu können: l. 9, 1 r. n. 23, 2. Selbst vorher ist die Ehe möglich, falls gewiß ist, der Vater werde das Schwiegerkind nicht aus äußren, Standes-, Vermögens-, Rücksichten verwerfen: l. 11 ib. Denn publica est nuptiarum utilitas: l. 12, 3 capt. 49, 15.

2) Fictio legis Corneliae: Ulp. ad Sab. l. 18 capt. 49, 15: In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc

Ebenſo zweifelhaft war im klaſſiſchen Recht, ob der unter 20 Jahre alte Herr, nachdem er vor der Freilaſſungskommiſſion angegeben er werde die freizulaſſende Sklavin heirathen, durch die Freilaſſung deren ungebornes Kind frei mache; die Entſcheidung, zunächſt für

---

decessisse videtur quum captus est. — Von der Fiktion abſehend, äußert derſelbe Juriſt ad ed. l. 3, 1 v. s. 50, 16: Ejus, qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest, quia servus decessit. — Die Rückziehung der Fiktion hindert die Gültigkeit des in der Kriegsgefangenſchaft errichteten Teſtaments (ſ. jedoch Leonis nov. 40). Aber auch die Heimkehr hat den gleichen Erfolg: der Heimgekehrte knüpft als Römer da an, wo er aufgehört hatte Römer zu ſein, nur ſein hinterbliebenes Vermögen kann thatſächliche Veränderungen erlitten haben. Vgl. Gai. ad ed. prov. l. 8 pr. qui testam. fac. poss. 28, 1. Der Zwiſchenerwerb des Hauskindes fällt dem heimgekehrten Hausvater zu: l. 11 v. o. 45, 1, mit Rückwirkung: filius patri reverso videtur acquisiisse. Ueber l. 6, 1. 2. inj. test. 28, 3 ſ. Haſe j. postl. S. 80 ff. — Die Ehe des Kriegsgefangenen iſt nicht in der Schwebe, ſondern aufgelöſt; aber, ſind beide Ehegatten vereint gefangen, ſo blieb es die alte Ehe im Falle des Poſtliminium: Haſe S. 89; auch, war der Patron gefangen, ſo durfte ſeine Ehefrau-Freigelaſſene aus Achtung vor dem Freilaſſersrecht mittlerweile nicht neu heirathen: l. 45, 6 r. n. 23, 2. Iſt das Leben des Gefangenen gewiß, ſo wagt der wiederheirathende Ehegatte die Vermögensnachtheile, mit welchen die einſeitige Verſtoßung beſtraft wird. Im Falle der Ungewißheit iſt, zu Vermeidung dieſer Nachtheile, eine fünfjährige Dauer der Gefangenſchaft abzuwarten: l. 6 div. 24, 2. Nov. 22, 7. — Fällt ein Vormund in Gefangenſchaft, ſo kann die vormundſchaftliche Sicherheit ſofort zu Gunſten des Mündels realiſirt werden: l. 7, 1. l. 8 tut. et rat. distrah. a. 27, 3; über l. 15 tut. 26, 1 ſiehe Haſe S. 96 ff. — Cura bonorum: c. 3 postl. rev. 8, 51; keine bonorum venditio: l. 39, 1 r. auct. jud. 42, 5, wohl missio in bona auf Anſtehn der Gläubiger: l. 6, 2 q. ex c. in poss. eatur 42, 4. — Unterbrechung der Erſitzung findet definitiv ſtatt: l. 19 ex q. c. maj. 4, 6, es ſei denn der Beſitz durch Gewaltuntergebne erworben und geübt: l. 12, 2 capt. 49, 15; namens des Pekuls kann mittlerweile Erſitzungslage erworben werden: l. 44, 7 u. 41, 3. — Geſchäftsführung für den Kriegsgefangnen: l. 19, 5 l. 20 neg. gest. 3, 5; über l. 21 pr. ib. ſ. Haſe S. 114. — Diebſtahl: l. 42 pr. furt. 47, 2. — Zwiſchenerwerb durch Gewaltuntergebne: l. 11, 3 acc. 46, 4; die Klagrechte können erſt ſeit der Heimkehr verjähren: l. 25 stip. serv. 45, 3; über l. 4 div. t. praescr. 44, 3 ſ. Haſe S. 116 ff. — Kriegsgefangenſchaft als Reſtitutionsgrund: c. 18 postl. rev. 8, 51. — Ungültigkeit des Vorteſtamentes: l. 6, 5 inj. test. 28, 3; jedoch wird daſſelbe rückwärts hin gültig durch Heimkehr ſowie durch Tod ohne Heimkehr: Paul. 3, 4a §. 8; mit ihm konvaleszirten ſelbſt die testamento in futurum konfirmirten in der Gefangenſchaft errichteten Kodizille: l. 12, 5 capt. 49, 15. — In die Stelle des kriegsgefangnen nächſten Erben rückt nicht der folgende Erbengrad mittlerweile ein: l. 1, 4 in. suis 38, 16.

die Mutter, brachte der Vollzug der Heirath binnen 6 Monaten; war also das Kind inzwischen geboren, so schwebte dessen Freiheit: l. 19 manum. vind. 40, 2. Ebenso zweifelhaft ist, ob Jemand juristisch mit oder ohne Testament verstarb, falls er förmlich testirt hat; die Entscheidung bringt der Antritt eines Testamentserben, oder

---

Auch das Anwachsungsrecht findet noch nicht statt für die Miterben: l. 1, 4 b. p. c. t. 37, 4; die Heimkehr des Kriegsgefangnen äußert ihre Rückziehung auch in Betreff von dessen Kollationspflicht: l. 1, 17 coll. bon. 37, 6. Gleichwohl ist das Testament, welches den kriegsgefangenen Notherben nicht gebührend berücksichtigt, deßhalb um Nichts weniger gültig: l. 31 lib. 28, 2, aber die Heimkehr stößt dasselbe um: l. 6, 1. 2. inj. test. 28, 3; gültig bleibt es falls die fictio l. Corn. Platz greift: l. 9 lib. 28, 2. Der Kriegsgefangene ist auf alle Fälle gültig zu „enterben" nach altem Notherbenrecht: l. 8, 9 capt. 49, 15. Die aquilische Formel (l. 29 pr. ib. vv. Si filius meus vivo me moriatur) wurde angewendet auf den Fall der Kriegsgefangenschaft eines Sohnes bei Lebzeiten des Vaters-Erblassers, sollte der Sohn auch erst nach des Vaters Tode in andauernder Gefangenschaft sterben, e fictione l. Corn.: §. 6 ib. Sie (vv. Tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam natus erit, heres esto) wurde ferner angewendet auf den Fall der Kriegsgefangenschaft des Enkels als dieser geboren wurde, sollte er auch erst nach des (Vaters und) Großvaters Tode heimkehren: §. 7 ib., obwohl der Fall eigentlich unter die lex Velleja paßte, welche für solche sui sorgte die bei Lebzeiten des Erblassers geboren wurden (agnaszirten) und die aquil. Formel nur für die entgegengesetzten Fälle helfen wollte; aber freilich half die lex hier nicht, da zur Todeszeit der Enkel, kriegsgefangen, nicht suus war. Die Worte des Gesetzes (§. 14 ib. vv. Si quis ex suis suus esse desierit liberi ejus sui heredes succedunto) dehnte man auf den Fall des Todes des kriegsgefangnen Sohnes nach dem Tode des Erblassers aus, e fictione l. Corn. — Unersitzbarkeit der Sache wegen Furtivität stellt sich, falls die Sache hernach kriegsgefangen wurde und noch später heimkehrt, wieder her: l. 27 capt. 49, 15. Ebenso ist nun „eadem res" im Sinne des Satzes „ne bis de eadem re actio sit": l. 11, 4 exc. r. jud. 44, 2. — Die gefangne Sache kann vermacht werden; das Vermächtniß gilt auf den Heimkehrsfall: l. 9 leg. 1; ebenso ist der gefangne Sklave erbeinsetzbar: l. 98 ib., und ist ihm die Freiheit zu vermachen: l. 30 manum. test. 40, 4. Die gefangne Sache kommt in die Erbtheilung, entweder gegen Kaution oder unter Abschätzung der spes; die darauf geschehenen Verwendungen unbedingt: l. 22, 5 l. 23 fam. erc. 10, 2. Die nach des Erblassers Tode heimkehrenden Erbschaftsstücke vergrößern die Erbschaft: l. 43 Falc. 35, 2. — Was die statuliberа empfängt und in spätrer Kriegsgefangenschaft nach Eintritt der Bedingung gebärt, wird frei durch Heimkehr; ja, ist es in Kriegsgefangenschaft empfangen, so erfolgt im gleichen Falle favore libertatis die Freiheit: l. 6, 1. 2. statulib. 40, 7; Folgerungen daraus zieht Hase j. postl. S. 157 ff.

nicht: l. 9 castr. pec. 49, 17 vgl. l. 44 pr. leg. 1. Ebenso zweifelhaft ist, ob Jemand das ihm zugewendete Vermächtniß [1]) erwirbt; die Entscheidung bringt seine Ausschlagung, oder nicht: Gai. 2, 195. l. 44, 1 l. 86, 2 leg. 1 l. 15 r. dub. 34, 5. Ebenso zweifelhaft ist, ob die s. g. dominii impetratio des Pfandgläubigers demselben in der That Eigenthum verschafft; die Entscheidung bringt die rechtzeitige Wiedereinlösung des Schuldners, oder nicht. Ebenso zweifelhaft endlich, ob aus bedingter Zuwendung unter Lebenden ein Recht erwächst; die Entscheidung bringt der Ausfall der Bedingung: l. 78 pr. v. o. 45, 1. l. 16 sol. 46, 3. l. 77 r. i. 50, 17. l. 40 stip. serv. 45, 3 cf. l. 47, 1 fidej. 46, 1.

So oft dagegen ein zweifelhaftes Rechtsverhältniß durch die Entscheidung nur für die Zukunft sich gestaltet, die Vergangenheit unberührt bleibt: bezeichnet Fitting diese Eigenthümlichkeit, im Gegensatze zur Rückziehung, mit dem Namen „Vorwirkung". [2]) Z. B.: Die in Eigenthumsübertragung einer Geldsumme bestehende Bedingung meines Rechtserwerbs erfülle ich zum Theil. Der Zweifel, ob ich Eigenthum übertrage, ist gehoben sowie ich durch Zahlung des Restes die Bedingung erfülle; inzwischen blieb ich Eigenthümer des Gezahlten; an dieser Vergangenheit ändert die Restzahlung Nichts: durch die Restzahlung fällt mein Eigenthum des Erstgezahlten nicht rückwärts hin zusammen, kein „Rückfall" tritt ein, sondern ein einfacher „Abfall", ein vangerow'sches Wort, welches ich mit Erlaubniß des Urhebers hierher setze, um der Buchstäblichkeit des Gegensatzes willen. Vgl. l. 3, 5 statulib. 40, 7. Ein andres Beispiel: Ein Grundstück steht in Nießbrauch. Es ist zweifelhaft, ob die hangende oder die sei es kasuell sei es nicht im Namen des Nutznießers losgetrennte Frucht Eigenthum des Nutznießers werden wird. Sie wird sein Eigen sobald er

1) Erbrecht: der Berufene tritt an oder nicht: l. 43 pr. l. Aq. 9, 2. l. 73, 1 v. o. 45, 1.

2) Es gibt Fälle, welche zwischen Rückziehung und Vorwirkung die Mitte halten. Z. B. l. 6, 12 inj. testam. 28, 3: si quis damnatus capite in integrum indulgentia principis sit restitutus, testamentum ejus (ante damnationem factum) convalescet. — Er muß also so gelten, als sei er nie Sklave geworden. Aber die Damnation begründete gleichwohl keinen Zustand der Schwebe (l. 4, 2 bon. libert. 38, 2), da die Begnadigung außerhalb des ordentlichen Rechtsverlaufes liegt.

ihren selbständig ächten Besitz erwirbt: l. 12, 5 usfr. 7, 1; keineswegs aber hat sich nun herausgestellt, daß sie schon früher sein war. Wir dürfen also sagen: der Zweifel bei Rückziehungsfällen bezieht sich auf die Gegenwart, bei Vorwirkungsfällen auf die Zukunft. Julian sagte unrichtig: „fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur“. Darin läge Rückziehung! Aber Julian selbst haßt deren Konsequenz, daß, wenn ein Dieb die reife Frucht pflückte, die Berechtigung zu Anstellung der furtiva condictio schweben müßte zwischen dem Herrn und dem Nutznießer des Grundstücks, da diese Fruchtkondiktion nur dem Fruchteigenthümer zuständig ist. Als Sabinianer haßt er die aus dem „Schweben“ fließende interimistische Rechtsunsicherheit (vgl. l. 69 ib.) und entscheidet richtig, aber gegen seinen Vordersatz, die Kondiktion habe der Herr der Hauptsache. Den Vordersatz korrigirt Marzell, und Ulpian bestätigt diese Widerlegung indem er den Gegensatz der Vorwirkung und der Rückziehung an Beispielen veranschaulicht, und dem Julian vorwirft, dieser hätte um so weniger irren dürfen, da er in andren Fällen Rückziehung richtig bei schwebendem Zwischeneigenthum annahm. Fitting hat eine so exakte Auslegung dieser wichtigen und gewiß nicht leichten Pandektenstelle gegeben, daß wir ihm das „omne tulit punctum“ zuerkennen müssen. — Durch den Tod des schenkenden Ehegatten geht das Eigenthum auf den lebenden (gleichzeitig sterbenden) beschenkten über (,falls nicht widerrufen war,) ohne Erforderniß neuer Tradition: vgl. l. 11 don. i. v. et u. 24, 1. Aber dieß Eigenthum geht jetzt erst über ohne Rückziehung. Die Nichterforderlichkeit neuer Tradition ist besonders zu beachten, da sie allgemein für die Vorwirkungs- (um so mehr für die Rückziehungs-) Fälle gilt, und dieselben scheidet von den Fällen einer persönlichen Verpflichtung auf Eigenthumsübertragung. Die alte Tradition bedeutet seit Hebung des Zweifels für die Zukunft einen vollzogenen Eigenthumsvertrag; die Anlage, dieß zu werden, lag als eine bedingte Fähigkeit von Anfang an in ihr selbst. — Ein Vorwirkungsbeispiel liefert auch das bedingte Vermächtniß: [1])

1) Bedingte Erbeinsetzung? Vgl. die Ausdrucksweise in l. 7 fam. erc. 10, 2: Si heres unus, quum sub condicione adjectum coheredem, aut

l. 12, 5 cit. So haftet der letztwillig bedingt Freigelassene nach Eintritt der Bedingung nicht für inzwischen gemachte Schulden: c. 1 an servus ex suo facto post manumissionem teneatur 4, 14 cf. l. 28, 7 lib. leg. 34, 3. So verbleibt das inzwischen geborene Kind einer solchen Mutter dem Erben: l. 16 statulib. 40, 7. So war die Bedingung richtig ausgedrückt: „Meine Sklavin ... soll frei sein, falls sie 3 Sklaven wird geboren haben": l. 3, 16 ib. So wurde, wenn im nämlichen Fall die Sklavin inzwischen ein Kind, dann Drillinge, oder im Ganzen zweimal Zwillinge geboren hatte, nur das zuletzt geborene Kind frei: l. 15. 16. st. hom. 1, 5. Sklaven als Ueberläufer hatten Heimkehrsrecht, Freie nicht. Also wohl der statuliber; tritt nach seiner Heimkehr die Bedingung ein, so wird er frei; trat die Bedingung vorher ein, so hat er kein Heimkehrsrecht: l. 19, 6 capt. 49, 15, Hase j. postl. S. 52. Ueber den statuliber war kein Schulstreit, dagegen für den Erwerb sonstiger bedingter Legate scheinen die Prokulianer Rückziehung angenommen zu haben: arg. Gai. 2, 200. 245, theoretisch inkonsequent, praktisch von Rechtsunsicherheit für die Zwischenzeit gefolgt. Zwischenherr ist den Sabinianern der Erbe. Tritt die Bedingung ein, so hört sein Eigenthum einfach auf, nicht so als hätte es nie existirt. Die nach Ende des Schulstreits herrschende Ansicht ist die sabinianische: l. 1, 4 Silan. 29, 5. Das Eigenthum hört auf: l. 66 r. v. 6, 1 l. 11, 1 quemadm. serv. am. 8, 6. l. 13, 1 pign. 20, 1. l. 81 pr. l. 82 pr. leg. 1. l. 105 cond. 35, 1 (finitur). Dieselben Grundsätze wie vom Vindikationslegat sind für das Damnationslegat anerkannt. Durch Eintritt der Bedingung wird der Belastete nur für die Zukunft (l. 81, 1 cond. 35, 1) Schuldner des Bedachten: l. 14, 3 qu. dies leg. 36, 2. Inzwischen kann über das, ja nicht existirende, Forderungsrecht nicht verfügt werden: l. 41 cond. 35, 1,[1]) während doch ein bedingter Gläubiger aus einem Geschäft

apud hostes (Rückziehungsfall) haberet, dixerit se heredem esse et actione expertus vicerit, deinde condicio extiterit vel postliminio redierit, puto, aut communicandam (cum eo victoriam) aut experiundi faciendam potestatem huic, qui post victoriam effectus sit heres aut reversus in civitatem.

1) Räthselhaft ist mir, daß Fitting diese höchst einfache Folgerung aus seiner eignen Vorwirkung nicht anerkennen will. Die Stelle sagt: „Le-

unter Lebenden verfügen kann nur daß die Gültigkeit der Verfügung abhängt von dem Erfolg der Bedingung. Unser bedingter Damnationslegatar hat gegen Zwischenveräußerungen des Belasteten, welche dessen „Gläubiger" schädigen, keinen Anspruch auf Ungültigkeitserklärung: l. 27 pr. qui et a qbs 40, 9, während doch dem bedingten Gläubiger unter Lebenden ein solcher Anspruch auf den Fall der erfolgten Bedingung zusteht. Den Gegensatz „unter Lebenden, von Todeswegen" hebt bündig hervor die l. 42 pr. o. et a. 44, 7, vgl. l. 18 r. i. 50, 17. Dennoch, wie der bedingte Pfandgläubiger[1]) nach Erfolg der Bedingung dem Zwischenpfandgläubiger vorgeht (l. 9, 1 qui pot. in pign. 20, 4), so soll Jener auch als bedingter Damnationslegatar gegen diesen geschützt[2]) werden: §. 2 ib. (ICtus existimavit). Jedenfalls also gilt auch nach dieser Stelle das gleiche Recht, was unter Lebenden, nicht selbstredend von Todeswegen. Der besondre „Schutz" kennzeichnet die utilitas und Singularität der Gleichheit der Behandlung. Denn strenggenommen kann das Nebenrecht nicht vor dem Hauptrecht entstehen. Demungeachtet, wenn der Erbe den Legatar durch Pfandbestellung deckt, so kann dieß nur gedacht werden unter einer

---

gata .... (erst) quum condicio extiterit deberi incipiunt ideoque interim delegari non potuerunt." So auch die Basiliken. Fitting meint, Ulpian habe geschrieben DL (do lego) LEGARI. Aber „deberi" beweist für Damnationslegat. Und am Ende kommt doch jetzt nur auf die justinianeische Fassung Alles an. Der Sinn ist: Der Legatar kann nicht seinen „Schuldner" einem Dritten überweisen, da er inzwischen selbst noch keinen Schuldner hat. Durch Vertrag mit dem Erben kann dieß freilich dennoch gültig geschehen (l. 8, 1 nov. 46, 2), weil und insofern der Erbe nun die Schuld als bedingt eigne übernahm; „Novation" ist dieß nur in dem Sinne, daß das Legat später nicht kumulativ daneben mehr treten kann; nicht in dem andren, daß eine bestandne Schuld in einer neuen erlöscht. Darum ist es auch keine ächte „Delegation". Zu tadeln ist also nur der Ausdruck „novatio" in l. 8 cit., wenn gleich in gewissem Betrachte entschuldbar.

1) Wir setzen voraus, daß das Pfandrecht inzwischen bestellt wurde, vor dem im Texte folgenden „Zwischenpfandrechte".

2) Auch §. 1 hat diesen Ausdruck, aber nur in dem minder starken Sinne, daß auch während schwebender Bedingung unter Lebenden das Forderungsrecht noch nicht fest ist und also noch nicht realisirt werden kann, was die Rückziehung der erfolgten Bedingung nicht alterirt sondern nur die Zwischenzeit provisorisch regelt.

stillschweigenden Novation der Schuld, insofern die Partheien die wahre Sachlage kannten. Richtiger: unter Uebernahme der noch nicht vorhandnen Schuld als einer fortan unter Lebenden bedingten Schuld. Denn, daß die Verpfändung, um jetzt, wo sie geschieht, zu gelten, diese Konversion voraussetze, ist ebensowenig zu bezweifeln, als man annehmen darf, der Verpfänder habe dem Legatar ein Recht eingeräumt welches durch spätre Zwischenverpfändungen an Dritte zu eludiren er einseitig in seiner Macht zurückbehalten hätte. Man braucht also nicht mit Fitting so weit zu gehen, daß man den gewiß logischen Satz anzweifelte, wonach das Nebenrecht nicht vor dem Hauptrecht zu entstehen vermöchte. Gewiß nicht zu billigen ist F.'s Behauptung, daß die Entstehung des Hauptrechts ächte (rückziehbare) Bedingung für das Nebenrecht zu sein vermöge. Freilich, wer Dasjenige, was er darleihen will, sich pure stipuliren läßt, hat schon jetzt ipso jure die Stipulationsklage. Aber wer sieht nicht ein, daß dieß die strenge Wirkung der Form ist? Wer aus Stipulation klagt, bedarf keiner Angabe des materiellen Grundes der Schuldpflicht. Vollkommen in Einklang mit unsrer Ansicht ist, daß, was von Verpfändung, das Nämliche auch von Verbürgung gilt: arg. l. 28 pign. 20, 1. L. 6, 2 fidej. 46, 1: „Adhiberi fidejussor ... futurae ... obligationi potest" entscheidet nicht über den Zeitpunkt der Gültigkeit der Verbürgung. Eine unächt bedingte Verbürgung enthält l. 13, 9 acc. 46, 4: „quod Titio credidero, fide tua esse jubes?" Diese Verbürgung kann selbst vor dem Darlehen der zukünftige Gläubiger erlassen; die spätre Entstehung des Darlehens ist unächte Bedingung des Erlasses, und stillschweigende, ächte wie unächte, Bedingungen ließen ja auch die römischen actus legitimi, hier: die acceptilatio, zu. Daß der Erlaß dem hernach das Darlehen empfangenden Hauptschuldner nicht hilft, erklärt sich 1) durch die Kraft der rei obligatio, 2) durch die Unfähigkeit der Darlehensschuld, in einen Zeitpunkt vor der Auszahlung zurückbezogen zu werden.

Unser Resultat ist: der Erbe, welcher dem bedingten Damnationslegatar ein Pfand oder einen Bürgen stellt, erkennt eine bedingt eigne Schuld an. Aber nur insoweit als die Sicherheit, welche zugestanden ist, dieß fordert zu ihrer vollen Wirksamkeit als

usfr. 7, 4 l. 6 man. test. 40, 4; zu l. 26. l. 76, 2 leg. 2 cf. l. 58 v. o. 45, 1. l. 18 serv. 8, 1. Das commodum rei gehört bei Rückziehung dem, zu deſſen Gunſten die Bedingung ausgeſchlagen wird; bei Vorwirkung iſt und bleibt es des Zwiſchenherrn. Vgl. l. 85, 2 leg. 1. l. opt. leg. 33, 5. — l. 91, 1 leg. 1.

Vindikationslegat unter beſtimmtem Suſpenſivtermine bindet das Eigenthum und erzeugt zugleich ſchon inzwiſchen ein feſtes Recht des Legatar's. Daß ein ſolches Legat vorkam, zeigt Fitting aus l. 1, 2 q. m. usfr. 7, 4. l. 9, 2 usfr. quemadm. cav. 7 9. l. 72, 5 cond. 35, 1. Der Fall iſt natürlich Vorwirkung. Das „feſte Recht" iſt durch den Tod des Erblaſſers, ſpätren Erbesantritt vorausgeſetzt, vorhanden; es iſt aber vor dem Termine nicht ſchon „Eigenthum", alſo vielmehr ein feſtes Recht auf ſpätres Eigenthum. Die Feſtigkeit hat ihre Wirkungen: Stand der Erwerber zur Todeszeit in fremder Gewalt und hatte bis zum Termin dieß ſich geändert, ſo bekam gleichwohl der ehemalige Gewalthaber das „Eigenthum"; ein Satz, deſſen praktiſche Brauchbarkeit durch die neuere Entwickelung der Eigenthumsfähigkeit des Hauskindes ſich bedeutend modifizirt. — Jede betagte Eigenthumsbeſtellung muß unter gleichen Geſichtspunkt geſtellt werden. — Fitting konſtruirt einen Fall, in welchem Eigenthumsgebundenheit mit und ohne feſtem Erwerberrecht zuſammentrifft: Titio post annum quo Sejus consul factus fuerit fundum do lego. Wird Sejus Konſul, ſo entſcheidet ſich nach dieſem Zeitpunkt, ob dem Titius oder ſeinem Gewalthaber für ein Jahr ſpäter das Eigenthum erworben wird. Geht bei einer Schenkung auf den Todesfall die Abſicht dahin, daß der Beſchenkte erſt durch den Tod Eigenthümer werde: ſo entſcheidet ſich nach dieſem ſpätren Zeitpunkte, wem das Eigenthum anfalle, dem Beſchenkten oder deſſen Gewalthaber. Aber man kann, um der Widerruflichkeit willen, auch vorher nicht von einem Rechte des Beſchenkten auf das Eigenthum reden (ſo daß alſo z. B. Zwiſchenbelaſtungen keineswegs durch den Tod abfallen): l. 11, 2 don. i. v. 24, 1. l. 15 i. f. man. 40, 1.

Schenkungen ſind wegen Undankbarkeit widerruflich. War Eigenthum ſchenkweiſe übertragen, ſo iſt um jener möglichen Widerruflichkeit willen das Eigenthum des Beſchenkten weder ein rück-

auflösliches noch ein vorauflösliches. Vgl. c. 1 Th. revoc. don. 8, 13 = c. 7 Just. ib. 8, 56: Constantius et Constans ad Philippum P. P. (Was der theod. Kodex mehr hat, fassen wir in rechtwinkliche Klammern.): [Liceat] (Just.: His solis) matribus, [si impios filios probare se posse confidunt, publice adire judicia. Matrem autem ingenuam, liberam, libertam, libertinam, cui scilicet civitatis Romanae jura quaesita sunt, ita ut queri antiquo jure poterant, accipi audirique decernimus. Itemque filiis filias ingenuos ... libertinas cives pari condicione Romanos. Secludimus mulierem,] quae (non: Just. ins.) in secundi matrimonii foedus [in]nupseri(n)t, [et] (sed) unius tantum matrimonii [mulieribus] (sunt,) revocandarum donationum (, quas in filios fecerint,) [pro dimidia parte] (ita) decernimus facultatem [. Hic autem] (, si eos ingratos circa se esse ostenderint. Quicquid igitur is), qui a matre impietatis arguitur, [quicquid] ex [eo quod] titulo donationis tenet, eo die quo controversiae qualecunque principium jussu judicantis datur [habere repperitur, hujus dimidium victo eripiatur] (matri cogatur reddere): caeterum, quae ante, adhuc matre pacifica, jure perfecta sunt, et ante inchoatum coeptumque jurgium vendita, donata, (per)mutata, in dotem data, ceterisque causis legitime alienata, minime revocamus. Actionem vero matris ita **personalem** esse volumus, ut **vindicationis tantum** habeat effectum: nec in heredem detur nec tribuatur heredi. Rell. Anno 349.

Es wäre nun allerdings möglich, daß die Vollziehung des begründeten Widerrufs mittelst Klagerhebung das Eigenthum von selbst zurückübertrüge ohne daß die Zwischenverfügungen abfielen: aber die „vindicatio“ ist hier keine dingliche Klage, sondern selbst als Forderungsklage beschränkt durch ihre gänzliche, aktive wie passive, Unvererblichkeit. Nur in diesem Sinne heißt sie „vind.“, gleich vindictam spirans actio. — Für den Fall zweiter Ehe der Mutter fügt die Authentike (Nov. 22, 35 v. J. 536) als Widerrufsgründe bei: Lebensnachstellungen, Nachstellungen nach dem ganzen Vermögen, thätliche Beleidigungen.

Vorauflösliches Eigenthum kommt vor im Falle der Vat. fragm. §. 283 = c. 2 don. s. m. 8, 55: Diocl. et Max. Aurelio

[Carrenoni] (Zenoni): Si [stipendiariorum] (praediorum) proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio [irrita est] (valet), quum (etiam) ad [te] (tempus certum vel incertum) [proprietas transferri nequiverit. Si vero usumfructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usumfr. a proprietate alienare non potuisti] (ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda.)

„Tempus“ für „te“ restituirt Rudorff Vormundschaft 1 S. 284 Note 2. Servitutenbestellung unter Bedingung oder Termin ist nach Pandektenrecht — l. 4 pr. serv. 8, 1 — ipso jure unmöglich. Ist das Ereigniß aufschiebend, so entsprang eventuell nur ein persönliches Klagrecht; ist es auflösend, so löste es eben das dingliche Recht nicht auf, erzeugte aber pacti vel doli exceptionem mittelst deren die confessoria actio unwirksam zu stellen war. Diese Wirkungen flossen nicht aus dem Wesen der Servitut, sondern aus der strengen Natur der Thathandlungen Mancipatio und J. J. Cessio, galten also auch für Eigenthum als Gegenstand. Dagegen die formlose Eigenthumstradition vermochte solche Nebenbestimmungen sich einzuverleiben. War also bei Tradition Auflösungstermin gesetzt, so wurde das Eigenthum nicht für immer formell erworben; es mußte abfallen bei Eintritt des Zeitpunktes. Dieß nun lassen Diocletian und Maximian nicht zu, daß „auf Zeit“ Eigenthum übertragen werden könne; sie erklären daher diesen ganzen Versuch betagten Eigenthumsübertragung für ungültig, denn „für immer“ soll das Eigenthum nicht übergehen. Auch eine wirksame Nießbrauchsbestellung kann man nicht herausfinden; der Empfänger sollte ja für Zeit seines Lebens „Eigenthum“ haben, und Niemandem vermag die eigene Sache zu dienen. Justinian dagegen läßt das Geschäft so wirken wie es gemeint und gefaßt war: Empfänger wird Eigenthümer so lange bis der Termin erfolgt; hernach erwächst dem Geber wirksame Vindikation, ipso jure bei Justinian, ope replicationis doli nach arg. l. 42 pr. m. c. d. 39, 6. Es ist glaublich, daß in l. 42 cit. statt „traditionibus factis“ ursprünglich „mancipationibus et in jure cessionibus factis“ stand. Der dies ist in dieser Stelle sogar incertus an existat. Mit einigem Zagen erkennt Ulpian l. 29 m. s. d. 39, 6. Vorläufigkeit des resolutiv bedingt auf den Todesfall geschenkten

Eigenthums an; ob ipso jure ob per replicationem, dieß erhellt nicht; nur daß eventuell lediglich persönliches Klagrecht erwachse, wird nicht zugegeben.

Justinian in c. 26 legat. 6, 37 erklärt „Vermächtnisse auf Zeit" für wirksam, indem er sich dabei — was nie bei ihm zuverlässig ist — den Glanz des Reformator's beilegt, und „illud emendat, quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est. Quum enim jam constitutum est, fieri posse (tales) donationes et contractus, consequens est, etiam legata . . . ad eandem similitudinem confirmari;" Caution muß der Zwischenherr leisten, nach dem Termin die Sache ohne kulpose Verschlechterung zurückgeben zu wollen; die Sache selbst „geht" eventuell „zurück an den Erben." Deutlicher kann Vorwirkung nicht bezeichnet sein. Unangetastet von der Reform, richtiger: von der Entscheidung des ältern Zweifels, blieb nur das „semel heres, semper heres;" bei Justinian giebt es so wenig wie im ältren Recht rück- oder vorauflösliches Erbrecht; aber Zweifel bestanden hierbei auch nie, und das praktische Bedürfniß befriedigten in der Kaiserzeit die fideikommissarischen Substitutionen. — Die Vorwirkung kennzeichnet derselbe Justinian in c. 3, 2 comm. de leg. 6, 43: Nemo . . . ea, quae per legatum . . . sub certo die relicta sunt, . . . secundum veterem dispositionem (?) putet esse in posterum alienanda, vel pignoris . . . titulo assignanda, . . . sed sciat, hoc, quod (nicht als jetziges Dritteigenthum, aber doch als feste Anwartschaft auf bestimmt spätres Eigenthum) alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii existens (= unter Berufung auf die vorübergehende Wirklichkeit seines Eigenthum's), alieno juri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre . . . et alienam spem decipere. — Vorwirkung ist es nach demselben Gesetze, auch wenn unbetagt oder unter festem und sichern Termin Vermächtnißsubstitution besteht; sowie unsicher betagte und bedingte Substitution mit unter den folgenden Paragrafen fallen: § 3. ib.: Sin autem sub condicione vel sub incerta die fuerit relictum legatum, so risquirt der Belastete durch Zwischenveräußerungen eventuelle Evikitionsleistungspflicht (gegenüber dem Zwischenem-

pfänger falls das Legatenrecht nun erwuchs und Legatar evinzirt hat); er kann also veräußern, beſſer jedoch läßt er es bleiben. Veräußert er dennoch, aus Habgier und in der Hoffnung die Bewilligung werde nicht erfolgen: condicione impleta ab initio causa in irritum devocatur (= der Dritterwerb gilt als nie realiſirt), ... ut nec usucapio ... contra legatarium ... procedat. Sondern in den Fällen beider Paragrafen legatario ... omnis licentia pateat rem vindicare ..., nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

Die Uebereinkunft bei der Erſteigerung des Pfandes, daß dem, obwohl nicht mitabſchließenden, Schuldner die Wiedereinlöſung gegenüber dem Käufer freiſtehen ſolle gegen Erſatz des Kaufſchillings, behält dem Schuldner das Eigenthum vor: l. 13 pr. pign. a. 13, 7. Dieß iſt Vorwirkung; Rückziehung wäre es, falls die Erſteigerung auf den Fall der Nichtwiedereinlöſung abgeſchloſſen worden ſein würde, ſei es in einem Paſſus, ſei es in Hauptgeſchäft mit Nebengeſchäft (letztres: die Erſteigerung ſoll nichtig ſein, falls der Schuldner einlöſt). Das Vorwirkungsgeſchäft lautet: Art. 1 (des Vertrags): das Eigenthum geht auf den Erſteigerer ... über ... Art. 2: Die Wiedereinlöſung bleibt dem Schuldner vorbehalten ...

Die Rückziehung der erfolgten Bedingung unter Lebenden paßt nicht auf unſichern Termin; „wenn“ und „wann“ bedeuten ſehr Verſchiedenes. In dem „wann“ kann ein „wenn“ mit eingeſchloſſen ſein. Z. B. „ich gebe dir 100 (jetzt in Beſitz; zu Eigen) auf den Zeitpunkt, da Sejus Konſul geworden ſein wird.“ Es iſt ungewiß, ob Sejus Konſul jemals wird; gewiß aber, daß nach Meinung des Gebers auf dieſen Fall der Empfänger nur für die Zukunft Eigenthümer ſein ſoll, daß alſo Vorwirkung vorliegt: l. 2, 5 don. 39, 5. Entgegengeſetzt, nämlich für Rückziehung, wäre zu entſcheiden aus der Faſſung „100, wenn Sejus Konſul wird“. Hier iſt nicht wie dort die Bedingung in einen Termin gekleidet. Nach jenen Faſſungen wirken Bedingung ſowie Termin aufſchiebend; auflöſend würden ſie wirken, übrigens wiederum mit Gegenſatz der Rückziehung und der Vorwirkung, falls das Hauptgeſchäft pure abgeſchloſſen wäre, der Nebenvertrag daſſelbe eventuell vernichtete (l. cit. vv. „absque ulla stipulatione“).

§. 7. Durch den Willen, nicht mehr Eigenthümer zu ſein, verliert man kein Eigenthum. Wer alſo in dieſem Willen Beſitz übergiebt, bleibt Eigenthümer, ſofern nicht Eigenthumsvertrag vorliegt: l. 17, 1 a. p. 41, 2. Um ſo mehr bleibt er dann Eigenthümer, wenn er nicht einmal den Beſitz verliert.

Erwirbt der Empfänger nicht, z. B. weil er, ohne Wiſſen des Gebers, wahnſinnig iſt, ſo behauptet Celſus in l. 18, 1 a. p. 41, 2, der Geber verliere den Beſitz gleichwohl. Zwar kann man Beſitz aufgeben ohne jenſeitiges Erwerbsbedürfniß; utile per inutile non debet vitiari? Dieß aber iſt nicht der Wille eines „Uebergebers"; er will beſitzen bis der Andre erwarb; er will nie aufgehört haben zu beſitzen falls der Andre nicht erwirbt. Celſus freilich ſchlägt uns mit ſeiner ſprüchwörtlichen Grobheit, welche ſtatt Gegenbeweiſes den Leuten den Mund ſtopfen ſoll: „Ridiculum (?) est, dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat; imo vult dimittere quia existimat se tranferre." Der Schluß iſt logiſch, der Vorderſatz falſch. Unter Erwähnung der Streitfrage iſt der richtige Vorderſatz hergeſtellt in des, jüngern, Ulpian l. 34 pr. ibid.

Du ließeſt mir den Beſitz des Grundſtückes X. auf. Ich, in dem Wahne, das Grundſtück Z. ſei mir aufgelaſſen, beſetze X. So erwerbe ich X. nur, falls ich lediglich die Namen, nicht die Grundſtücke verwechſelte. Aber, wenn ich wirklich die Grundſtücke ſelbſt verwechſelte, verlierſt Du dann nicht wenigſtens den Beſitz von X., den ich nicht erwarb? Der Zweifelsgrund iſt, man kann durch bloßen Willen den Beſitz verlieren, und dieſen, in ſeinem wahren Verſtändniß auch von Ulpian gebilligten Satz deuten Celſus und Marzell hierher. Wäre dieß aber richtig, ſo müßte auch ich den Beſitz erwerben, denn auch hierzu muß mein Wille folgerichtig genügen. Sed non puto (in corpore) errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem qui quodammodo (= tacita) sub condicione (sic!) recessit (animo) de possessione. — Seitdem die successio in possessionem wiſſenſchaftliche Anerkennung fand, ſeitdem konnte es nicht mehr zweifelhaft ſein, daß der Uebergeber beſitzt bis der Empfänger erworben hat; denn jede andre Annahme würde den Sukzeſſionsbegriff vereiteln. Dagegen ſtreitet auch das rein körperlich zu Verſtehende „in vacuam possessior

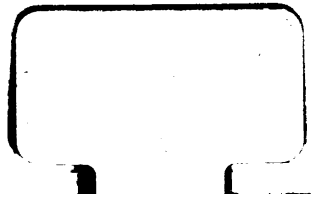
terum mittere", was, lehrreich genug, gerade Ulpian's Beispiel ist. Man könnte gleich falsch sagen: Bei Dissens de causis habe gegen den Geber wenigstens dessen Kausa zu gelten, was Ulpian (l. 18, 1 r. o, 12, 1) im nämlichen Buche des nämlichen Werkes widerlegt: „Ich deponire, du empfängst als Darlehen. Oder: ich gebe als Darlehen, du empfängst als Kommodat. In beiden Fällen gelten beide Geschäfte (Willensbestimmungen) nicht: sed consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit". Also ohne Kommixtion stände Vindikation zu.

Wer aber, in dem Willen des Eigenthumsverzichtes, den Besitz verläßt und Preis giebt, vollzieht eben hierdurch jenen Willen und verliert unmittelbar sein Eigenthum (s. g. Derelikt ion) falls solches ihm zustand. Die Unmittelbarkeit des Verlustes läugneten zwar die Prokulianer; sie lehrten „non desinere rem derelictam domini esse, nisi ab alio possessa fuerit"; ihnen galt der Erwerb der verzichteten Sache als derivativ; die Frage war wichtig für Furtum: l. 43, 5 furt. 47, 2. Justinian verwirft diese Meinung: l. 2, 1 pro der. 41, 7.

Bruchtheile kann der Alleineigenthümer nicht derelinquiren: den Beweis führten wir bereits in Abth. 1 S. 28 f. Der Grund paßt ebensowohl auf den alleinbesitzenden Nichteigenthümer. Gegenüber dem Noxalkläger, der nur Bruchtheilsherr der widerrechtlich zerstörten Sache war, kann der verklagte Besitzer des Thäters (Sklaven) nur durch solidarische Noxä Datio die Verurtheilung abwenden, denn diese Datio ist untheilbar: l. 27, 2 Aq. 9, 2. Beweis, daß solche Datio derelikt ionsähnlich, kein eigentliches Veräußern, sondern ein bloßes Ueberlassen und Preisgeben bedeutete.

Sehr merkwürdig ist, wie der sonst so durchdringende Donell (5, 15) fabelt über den Grund der Unmöglichkeit der Bruchtheilsderelikt ion seitens des Alleineigenthümers: „Credo, quod reipublicae (?) interest rem quamcunque justos (?) possessores et dominos habere, ut sint qui vel his locupletiores facti vel etiam earum nomine reipublicae munera obire possint; nemo autem facile (?) extiturus est, qui rem pro parte pro der. habitam velit (?) occupare, ut eam cum alio communem habeat. Tum autem beneficium (?) hoc legis est quod dominis defertur, ut, quod h a b e n t (sic! Aber nicht beneficio und utilitatis causa,

ſondern jure stricto), possint pro der. habere, ne (?) ipsi earum rerum nomine teneantur. Ideo exemplum rei testamento delatae recte in hac specie est admissum: ut, quemadmodum in legato defertur haec condicio legatario, ut aut totum agnoscat aut a toto recedat, sic in hac re aequum (?) sit, unumquemque beneficio legis ita uti, ut aut a toto recedat quo facilius alium dominum inveniat ne res vacet, aut totum quod habet retineat".

E. G. 2113.

Druck von G. Reichard in Heidelberg.